الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعة الجزائر

معهد الحقوق و العلوم الادارية

الغش نحو القانون

بحث

للحصول على درجة الماجيستير

في العقود أو المسؤولية

اعداد : الطالبة ـ فضيل نادية

تحت اشراف الدكتور علي علي سليمان

لجنة التحكيم :

ـ الاستاذ الدكتور	رئيسا
ـ الاستاذ الدكتور	عضوا
ـ الاستاذ الدكتور	عضوا

جوان 1984

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الرّسول عليه أزكى الصّلوات :

" من غشّنا فليس منّا " .

المقدمة

تناولنا هذا الموضوع بالبحث نظرا لما لهذه الفكرة من أهمية في مجال القانون ، وخاصة في القانون الدولي الخاص ، حيث يبدو الغش في صورة لعبة أو وسيلة يستعملها الأفراد للتلاعب بأحكام القوانين ، حتى لا يخضعوا لها ، ويتمكنوا من الوصول الى أغراض شخصية تتنافى وأحكام هذه القوانين ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فضّلنا البحث في هذا الموضوع لأننا لاحظنا عدم وجود نص قانوني في القانون الجزائري رغم سهولة ارتكاب الغش في عصرنا الحالي بسبب تنوع القواعد القانونية ، وتشابك العلاقات الفردية بمختلف أنواعها في المجال الدولي ، فضلا عن أنه حظي بالدرس من جانب فقهاء كثيرين .

وقد قسّمنا هذا الموضوع الى أربعة فصول :

الفصل التمهيدي ، وقد قسّمناه الى ثلاثة مباحث : المبحث الأول ، تعرّضنا فيه الى تنازع القوانين ، ذلك لأن فكرة الغش نحو القانون لا تثار الّا اذا تنازعت القوانين في حكم علاقة قانونية . وتعرّضنا في المبحث الثاني الى الأساس الذى يدفع القاضي الوطني الى تطبيق القانون الأجنبي . أما المبحث الثالث ، فتكلمنا فيه عن الموانع الأخرى التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي ، ذلك لأنّ الغش لا يعتبر المانع الوحيد في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي .

وفي الفصل الأول تعرّضنا الى أساس الغش نحو القانون ، وقسّمناه الى مبحثين : المبحث الأول تناولنا فيه مختلف الآراء في تعريف الغش نحو القانون ، وانتهينا فيه الى اعطاء تعريف شخصي . أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الآراء المختلفة في تأسيس الغش .

الفصل الثاني ، وقد خصصناه لمجال الغش نحو القانون ، وقسّمناه هو أيضا الى مبحثين : المبحث الأول تناولنا فيه ارتكاب الغش في الأحوال الشخصيــــة كالزواج والطلاق ، والمبحث الثاني تناولنا فيه ارتكاب الغش في مجال التصرفات من الناحية الموضوعية والشكلية .

أما الفصل الثالث والأخير ، فقد تكلمنا فيه عن الجزاء المترتب على الغــش وقسّمناه بدوره الى مبحثين : المبحث الأول تكلمنا فيه عن البطلان الجزئـــي . أما المبحث الثاني فقد تكلمنا فيه عن البطلان الكلي .

* * *

الفصل التمهيدى

نقسم هذا الفصل التمهيدى الى ثلاثة مباحث : المبحث الأول نتعرض فيه لنشأة نظرية تنازع القوانين وتطورها عبر العصور ، لأن فكرة البحث تدور القانون في مجال القانون الدولي الخاص ، لا تثار الا اذا تنازعت القوانين حكم العلاقة ذات الطابع الدولي . أما المبحث الثاني ، فنتعرض فيه للأساس الذى يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي ، بينما نخصص المبحث الثالث لموانع تطبيق القانون الأجنبي .

المبحث الأول

نظريـة تنـازع القوانين

قبل أن نتعرض لنشأة نظرية تنازع القوانين وتطورها لا بد من التعرف أولا على مفهوم تنازع القوانين .

المطلب الأول

مـفهوم تنـازع القوانين

يقصد بتنازع القوانين تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي ، لكن اذا أخذنا هذا الاصطلاح بمعناه الحرفي فيقصد به تزاحم قانونين أو أكثر لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي ، والمفاضلة بين هذه القوانين لاختيار أنسبها لحكم هذه العلاقة .

وفي الواقع ليس هناك تنازع بين القوانين بالمعنى الحقيقي (1) ، لأن التنازع

(1) الهداوى حسن : تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، طبعة 2 ، سنة 1972 ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ص 9 .

يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة ، ومثل هذه المساواة منتفية ، اذ السيادة في الأصل تكون في الاقليم للقانون الوطني ، واذا طبّق القانون الأجنبي فذلك لأن المشرع الوطني قد اقتنع بأفضليته لحكم العلاقة القانونية ، لذلك اقترح الكتّاب الهولنديون في القرن السابع عشر اصطلاح تسابق القوانين ، بدلا من تنازع القوانين ، وذلك لاستبعاد فكرة تنازع السّيادات ، في حين اقترح البعض الآخر اصطلاح تناسق القوانين Harmony of Law ، ذلك لأن اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة القانونية هدفه تحقيق التناسق بين مجال تطبيق القانون الوطني ، ومجال تطبيق القوانين الأجنبية ، بينما اقترح فقهاء آخرون اصطلاح سلطان القانون من حيث المكان (1) L'empire des lois dans l'espace .

لكن مختلف التسميات التي اقترحها الفقهاء لم تلق أى نجاح ، وساد اصطلاح تنازع القوانين رغم عدم دقته .

ونشير الى أن الفقه قد لعب دورا هاما في تطوير هذه النظرية التي لم تظهر بشكل واضح الّا في القرن الثاني عشر والثالث عشر ، وذلك لسببين :(2)

<u>الأول</u> : يرجع الى عدم تطور العلاقات الدولية في المجتمعات القديمة التي لم تكن تعترف بأى حق للأجنبي .

<u>الثاني</u> : يرجع الى عدم اعتراف الدول بالقوانين الأجنبية في المجتمعات القديمة ، خاصة في عهد الاقطاع .

* * *

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ، الناشر : دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 6 بند 2 .

(2) Jean DERRUPE , Droit international privé, cinquième édition, Dalloz 1978, p. 46.

المطلب الثاني

تاريخ نشأة نظرية تنازع القوانين

1 — لدى الشعوب القديمة :

أ — روما : كانت روما القديمة تنظر الى الأجنبي نظرة العبد أو العدو ، فلم تكن تسمح له بالتمتع بأى حق من الحقوق ، لكن بعد ما اتصلت روما بالجماعات الأخرى ، وتعاملت معها أصبحت تعترف للأجنبي ببعض الحقوق ، اذا كانت مدينة هذا الأخير قد أبرمت مع روما معاهدة ، ذلك لأن روما قد عرفت مايسمى بنظام المعاهدات le patronage ، كما عرفت نظام الضيافة المسمّى l'hospitium (1) وهو نظام شبيه بعقد الأمان الذى كان يبرمه المستأمن الذى جاء من دار الحرب ودخل دار الاسلام ليمكث في البلاد الاسلامية مدة معينة قابلة للتجديد . (2)

وبعد غزو روما للشعوب المجاورة ، لم تتم بإدماج هذه الشعوب في رعاياها الذين كان يطبق عليهم القانون المدني le jus civile في علاقاتهم فيما بين بعضهم البعض ، ففرّقت بين الأجانب اللاتينيين ، وطبقت عليهم القانون المدني الروماني ، وذلك قبل صدور قانون " جوليا lex Julia ، سنة 90 قبل الميلاد ، الذى منحهم صفة الوطنية في حدود مختلفة ، بحسب ما اذا كانوا من القدماء أو من سكّان المستعمرات ". (3) وبين الأجانب غير اللاتينيين الذين ظلوا منعزلين .

---

(1) BATIFFOL , Droit international privé, Tome I, 6ème édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1967, p.10 N°11.

(2) علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص لسنة 1980/1981، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، ص 29 .

(3) عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، طبعة 8 ، سنة 1977 ، الناشر : دار النهضة العربية ، ص 15 بند 10 .

ولما تطورت العلاقات بينهم وبين المواطنين الرومان ، طبّق على نوع العلاقات التي كانت تنجم عن هذا التعامل قانون الشعوب le jus Gentium وهو قانون مستمد من مبادئ العدالة ، ولا تخضع قواعده للشكليات التي كان القانون المدني الروماني يتسم بها آنذاك . غير أن هذا القانون لم يكن يلبي الاّ حاجـــة المعاملات التجارية ، لذلك اضطر الرومان الى الاعتراف بالقوانين الأجنبيـــة ، خاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية . وهكذا أصبح القاضي الوطني يقوم بتطبيق قوانين مختلفة حسب أصل الأطراف ، ومن هنا ظهرت فكرة تنازع القوانين . لكـن الرومان لم يتركوا لنا أي حل لظاهرة تنازع القوانين ، ويقول الأستاذ باتـيفـول BATIFFOL : " ربما كان السبب يرجع الى وحدة السيادة التي كانت تتبعهـــا وحدة التشريع مما ترتب عليه انتفاء حل مشاكل تنازع القوانين . "(1)

ب - لدى الشعوب البربرية : لقد غزا البربر الامبراطورية الرومانية فـــي القرن الخامس الميلادى ، وحملوا معهم قوانينهم الشخصية وسمحوا لكل فـــرد بالخضوع لقانون وطنه . وهكذا نلاحظ أن هذا العصر ساد فيه مبدأ شخصيـــة القوانين الذى يقضي بأن تكون القوانين شخصية لا تسرى الاّ على طائفة معينة من السكان ولا تطبق على كل ساكني الاقليم . (2)

وينبغي عدم الخلط بين مبدأ شخصية القوانين في هذا العهد ، ومبـــدأ شخصية القوانين بمعنى امتدادها الذى عرف في القرن الثالث عشر بايطاليـــا ، حيث كان يجوز تطبيق القوانين الأجنبية على الفرد في بعض الحالات ، مما يؤدى

---

(1) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 10 بند 11 .

" Peut être la raison s'en trouve t'elle dans le fait que l'unité de souveraineté politique amena progressivement l'unité législative, supprimant ainsi l'occasion de résoudre les problèmes du conflit des lois. "

(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 26 .

الى اثارة فكرة تنازع القوانين ، بينما مبدأ شخصية القوانين يخضع جميع المواد للقانون الشخصي للفرد ، وبالتالي تنتفي تماما فكرة تنازع القوانين[1] . وفي هذا يقول الأستاذ عز الدين عبد الله : " ان شخصية القوانين التي سادت في عهد البربر ليست هي النواة الأولى لنشأة مشكلة تنازع القوانين . "[2]

2 — في العصور الوسطى :

أ — الاقطاع : La Féodalité

في القرن العاشر الميلادى كان كل اقليم في أوربا مقسما الى إقطاعيات ، وكانت كل إقطاعية يستقل بحكمها أمير ، ويعزلها عن بقية الاقطاعيات ، فكان الأمير يطبّق قانون الاقطاعية على كل من وجد بالاقليم دون النظر الى جنسيته أو دينه ، فأدّى هذا الى أن ساد مبدأ إقليمية القوانين ، وانتفت فيه ظاهرة تنازع القوانين ، وذلك لسببين :

الأول : يرجع الى أن المجتمع الاقطاعي كان يعتمد أساسا من الناحية الاقتصادية على الزراعة ، فانحصرت كل الثروة في تلك العقارات بدلا من المنقولات التي تنتقل عادة بسرعة فيترتب على انتقالها نشوء مشكلة تنازع القوانين .[3]

الثاني : انتفاء أو ندرة العلاقات بين سكان الاقطاعيات المختلفة في جميع الميادين ، اذ كان هذا المجتمع منطويا على نفسه .

3 — ظهور تنازع القوانين في القرنين الثاني عشر والثالث عشر :

لقد تدخلت ثلاثة عوامل لظهور مشكل تنازع القوانين وهي :

---

(1) Pierre MAYER , Droit international privé, édition Mont Chreistien, 1976, p. 38, N° 42.

" Dans le système de la personnalité des lois se sont toutes les matiéres qui sont soumises à la loi personnelle."

(2) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 16 بند 10 .

(3) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 30 .

عامل سياسي : ينحصر في أن ايطاليا الشمالية التي كانت تتعدد فيهـــا المدن في القرنين الثاني عشر والثالث عشر ، تمكنت من الحصول على استقلالهـــا وعدم الخضوع للامبراطورية الرومانية ، وذلك بمقتضى معاهدة كوستانـــس CONSTANCE في 21 جوان 1133 ، فحظيت مدن ايطاليا الشمالية باستقـلال ذاتي ، وأصبحت تشكل دويلات صغيرة .

عامل قانوني : ويتجلى في أن كل مدينة كانت تمثل وحدة تشريعية تستمد تشريعها من العرف الذى كان يسمى آنذاك بالأحوال (1) les statuts ، ومن هنا سميت نظرية تنازع القوانين بنظرية الأحوال doctrine des statuts . وبجانب العرف كان القانون الروماني بمثابة القاسم المشترك بين هذه المدن ، اذ كان يعتبر القانون العام الذى يجمع بينها .

عامل اقتصادى : يتلخص في كون المدن الايطالية انتعشت آنذاك بنهضــة اقتصادية ، فازدهر فيها التبادل التجارى وانتشرت العلاقات بين مختلف سكّان المدن الايطالية ، مما أدى الى اختلاف تشريعات المدن ، وبالتالي الى عرقلــة ابرام الصفقات التجارية (2) ، وأصبح التاجر يتعرض لمفاجآت هذه التشريعات ، وخاصة فيما يتعلق بتحرير الوصايا التي كان يختلف شكل تحريرها من مدينة الى أخرى ، ومن هنا طرح السؤال ، اذا كان شخص من بولونيا يقيم مؤقتا في موديـــن ، فهل يطبق عليه القانون الشخصي أى القانون البولوني أو القانون الاقليمـي ، أى قانون البلد الذى أبرم فيه التصرف القانوني ، أى قانون مودين ؟ وهكذا ظهـــر مشكل تنازع القوانين .

وأول مدرسة ظهرت لاعطاء حلول لهذا المشكل هي المدرسة الايطاليـــة القديمــة .

---

(1) NIBOYET , Cours de droit international privé, de l'année 1949, 2ème édition, Librairie du recueil Sirey, p. 356,N°396.

(2) نبوييه ، المرجع السابق الاشارة اليه .

1 — المدرسة الايطالية القديمة أو مدرسة المحشين Les Glossateurs :

سمّيت بهذه التسمية الأخيرة نسبة الى الطريقة التي انتهجتها في دراسة القوانين ، وخاصة القانون الروماني ، وهي التعليق على النصوص ، بوضع حاشية على هامش النّص لتصبح مكمّلة أو مفسّرة له . (1)

وأقدم فقهاء هذه المدرسة ألدريكوس ALDRICUS (1130 ... 1154) الذى اكتشفه الفقيه NEUHEYER في سنة 1910 . غير أن الذى اعتمد على أعماله هو الفقيه أكّورس ACCURSE الذى فسّر أشهر حاشية في سنة 1223 في مجموعة جوستنيان ، وهي قاعدة الثالوث المقدس Cuntos populos الذى جاء في خطاب الأباطرة : جراسيان GRATIEN ، وفالنتنيان VALENTINIEN ، وتيودور THEODOR . ومضمون هذا النّص : " ان جميع الشعوب التي تخضع لحكم دولة الامبراطورية يلزمها اتباع الديانة ، التي جاء بها بطرس الرسول ". (2)

وقد علّق الفقيه أكّورس على هذا النّص بقوله : " ان الرّومانيين يخضعون للديانة المسيحية أينما كانوا حتى لو تركوا الامبراطورية الى الخارج ، فهي تتبعهم ، فكذلك المواطن البولوني الذى يترك مدينة بولوني الى مودين ، فان أهليته لا تحكم بقانون المدينة التي حلّ بها بل يحتفظ بقانونه كاحتفاظ الروماني بديانته المسيحية . "

وبعد ظهور الفقهاء المحشين ، جاء من بعدهم الفقهاء المحشون اللاحقون les post-glossateurs ; وهؤلاء يختلفون عن سابقيهم ، اذ أتوا بنصوص جديدة ، وعلّقوا عليها ، وبهذا توسعوا في دراسة نظرية تنازع الأحوال ، ثم كوّنوا ما يسمى بالمدرسة الايطالية القديمة (3) ، وقد كانت أحيانا تسمى بمدرسة بولونيا ،

(1) الهداوى حسن ، المرجع السابق ص 33 . وأنظر أيضا : نبوييه ، المرجع السابق ص 357 بند 397 .
(2) الهداوى حسن ، المرجع السابق ، ص 35 .
(3) نبوييه ، المرجع السابق ، ص 358 بند 398 . وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 20 بند 12 .

لأنها كانت مركزا المناقشات والأبحاث ، ومن أشهر فقهاء هذه المدرسة الفقيه بارتول BARTOLE والفقيه بالد BALDE تلميذ هذا الأخير .

تقدير هذه المدرسة :

ان فقهاء المدرسة الايطالية القديمة لم يلتزموا مقدما بمبدأ معين يخرجون عليه الحلول كمبدأ إقليمية القوانين أو مبدأ شخصية القوانين ، كما سوف نرى من بعد ، بل وضعوا حلولا لمختلف حالات تنازع الأحوال ، كل حالة على حدة ، واعتمدوا في ذلك على عاملين : عامل العدالة ، وعامل ضرورة المعاملات ، وبذلك اتصف فقههم بالعالمية Universelle ، أي أنه يحتوى على حلول صالحة لحل التنازع أيا كان مكانه .(1)

ويرجع الفضل لهذه المدرسة في وضع كثير من قواعد الاسناد ، منها :

أ ــ العقد : فقد أخضع فقهاء هذه المدرسة شكل العقد وموضوعه لقانون محل ابرامه ، ووضعوا لذلك قاعدة locus regit actum وقد علّل الفقيه روشيس كورتيس Rochus CURTIUS هذه القاعدة بقوله : " انّ المتعاقدين يعتبران قد رضيا ضمنا بالخضوع لقانون المحل" ، ثم ميّز بارتول بين آثار العقد المباشرة وآثاره التنفيذية ، فأخضع هذه الأخيرة لقانون محل تنفيذ العقد .

ب ــ كانوا أول من فرّق بين نوعين من الأحوال : أحوال مستحسنة وأحوال مستهجنة(2) favorables ou odieux ، وقالوا : انّ للقاضي أن يرفض تطبيق هذه الأخيرة ، فكانت هذه الفكرة هي أول بذرة لما يسمى اليوم بالنظام العام الذي ترفض المحاكم باسمه تطبيق القوانين الأجنبية .

---

(1) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 22 بند 14 .
(2) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 133 بند 125 . وانظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 26 بند 16 .

والخلاصة هي أنه اذا كان الفضل يعود لهذه المدرسة في وضع كثير من قواعد الاسناد ، فان الحظ لم يواتيها لاكتشاف مشكل التكييف .

2 — المدرسة الفرنسية القديمة :

في الوقت الذى ظهرت فيه نظرية الأحوال في ايطاليا ، كان القانون الروماني يسرى على الجزء الجنوبي من فرنسا ، أما شمالها فكان مقسما الى إقطاعيات ، كل إقطاعية تطبق قواعد العرف الخاصة بها ، وهذه القواعد عينية أى (إقليمية) ، فكانت العينية المطلقة من مميزات النظام الاقطاعي في ذلك الوقت ، وبقي الوضع على هذه الحال مدة القرن الثاني عشر والثالث عشر ، وحتى القرن السادس عشر ، فظهرت الحاجة الملحة الى فض مشكل تنازع القوانين الذى كان يثار بين أعراف الاقطاعيات لحكم العلاقة المختلفة العناصر ، مما دفع الحكام والفقهاء الى التفكير والبحث لايجاد حل لهذا التنازع ، فانتقل فقه المدرسة الايطالية الى فرنسا ، واهتم الفقهاء الفرنسيون به وبحثوا عن الحلول التي تناسب الوضع القائم في فرنسا .

وأشهر فقهاء هذه المدرسة هما الفقيهان : ديمولان DUMOULIN ودارجنتريه D'ARGENTRE ، وقد كان شارل ديمولان (1500 — 1566) محاميا في برلمان باريس وأستاذا في مدينة توبينج TUBINGUE ، فنظر اليه كثير من الفقهاء على أنه من أتباع المدرسة الايطالية[1] ، لأن تحليلاته كانت شبيهة بتحليلات المدرسة الايطالية القديمة ، وذلك لأنه ساهم في تصنيف الأحوال الى عينية وشخصية ، وان كان هذا التصنيف لم يتبلور بلورة تامة الا عند دارجنتريه . كما أنه أول من ابتدع فكرة التكييف[2] ، بصدد تكييف النظم المالية التي تتبع الزواج les regimes matrimoniaux فقد اعتبرها عقودا .

---

(1) BATIFFOL , Droit international privé, Septième édition, Tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1981, p. 264 N° 220.

(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 30 .

أما الفقيه دارجنتريه (1519 — 1590) فان معظم الفقهاء ينظرون اليه باعتباره مؤسس فقه المدرسة الفرنسية القديمة ، وقد كان قاضيا بمقاطعة بريتانيا التي كانت تتمتع باستقلال سياسي ، ثم ضمت الى المملكة الفرنسية في عهد فرانسوا الأول FRANCOIS Premier سنة 1532، وقد كان هذا الضم على مضض من سكان مقاطعة بريتانيا[1] ، لذلك دافع دارجنتريه عن الاستقلال البريتاني ضد توسع ملوك فرنسا ، فنفي ومات في منفاه سنة 1590 . وقد كان أيضا مؤرخا ، فقد كتب مؤلفا عن التاريخ البريتاني ، كما كان مشرعا ، اذ ساهم في وضع العرف البريتاني وتعديله ، ونادى بمبدأ إقليمية القوانين بمعنى عدم امتداد قانون الدولة خارج حدود الاقليم الا في حالات استثنائية ، ثم قسم الأحوال الى عينية وشخصية[2] ، فتكون الأحوال عينية اذا تعلقت بالعقار ، فالعقار يخضع أصلا لقانون موقعه . وقد استند في وضع هذه القاعدة الى القاعدة التقليدية[3].

وتكون الأحوال شخصية ، بمعنى أنها تمتد في حالة ما اذا تعلقت بحالة الشخص أو أهليته أو بالمنقول . وقد لاحظ دارجنتريه أن الأحوال اذا تعلقت بالعقار وبالشخص في آن واحد ، كالنص الخاص بمنع الزوجة من الايصاء بالعقار لزوجها . واعتبر هذه الأحوال مختلطة mixtes وألحقها بالأحوال العينية ، وأخضعها لقانون موقع المال .

تقدير نظرية دارجنتريه :

ساد فقه دارجنتريه حتى قيام الثورة الفرنسية وأثر في القضاء الفرنسي ، لكن فقهاء القرن التاسع عشر شنوا عليه هجوما عنيفا ، واعتبروا تصنيفه للأحوال تصنيفا ناقصا لا يستوعب كافة الأحوال ، كالأحوال الخاصة بشكل التصرفات ،

---

(1) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 80 بند 13 .

(2) ديربيه ، المرجع السابق ، ص 43 .

(3) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 81 بند 13 .

وتلك الخاصة بالالتزامات [1] . كما أنه لم يسند الجرائم ولا العقـ . . . ـد ولا اجراءات المرافعات الى قانون معين [2] ، لذلك لم تلق نظرية دارجنتريه أي نجاح في فرنسا .

3 — المدرسة الهولندية :

اذا كان فقه دارجنتريه لم يلق نجاحا في فرنسا ، فقد لقي ترحيبا بالغا عند الهولنديين ، وانتقل اليهم فقهه عن طريق طلاب العلم الذين كانوا يفدون الى فرنسا ، وقد تعرضت هولندا آنذاك الى احتلالات عديدة ، كالاحتلال النمساوي والاسباني ، فتولدت لدى الهولنديين النزعة الاستقلالية ، ورحبوا بفقه دارجنتريه الذي كان يتجاوب مع ميولهم وطموحهم . ومن أبرز فقهاء هذه المدرسة : بول فويت Paul VOET ، وابنه جان فويت Jean VOET ، وأولريش هوبر Ulrich HUBER ، ويرجع الفضل في تسمية تنازع القوانين الى هذا الأخير ، اذ كان أول من استعمل هذا الاصطلاح . [3]

وقد اعتنق فقهاء المدرسة الهولندية مذهب دارجنتريه في اقليمية الأحوال ، وقسّموا هذه الأخيرة الى ثلاثة أصناف : الأحوال العينية (إقليمية) وتحكم بالقانون الاقليمي ، والأحوال الشخصية ، وتمتد وتخضع للقانون الشخصي الذي يتحدد بقانون الموطن ، والأحوال المختلطة ، ويسري عليها القانون الاقليمي ، كما أنكر فقهاء هذه المدرسة الصفة الالزامية لقواعد تنازع القوانين [4] ، اذ من مظاهر سيادة الدولة التزام القاضي بتطبيق القانون الوطني ، ولا يوجد أي التزام يفرض على القاضي تطبيق القانون الأجنبي ، واذا تم بتطبيقه يكون ذلك على أساس المجاملة الدولية la courtoisie internationale لتسهيل التعامل

---

(1) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 34 بند 20 .
(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 31 .
(3) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 13 بند 17 .
(4) الهداوي حسن ، المرجع السابق ، ص 42 .

التجارى الدولي . ويقول الفقيه فويت[1] : " يجب أن يوجد بين الدول تنازل متبادل une mutuelle condescendance لتطبيق القوانين الأجنبية . " كما لا يمكن القاضي الوطني أن يطبق القانون الأجنبي الاّ اذا شاء هو تطبيقه ، ويكون ذلك مجاملة .

وينتقد بعض الفقهاء هذه النظرية التي تنفي كل ضمان وأمان بحيث لا يعرف متى يلتزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي ؟ .

فتطبيق القانون الأجنبي طبقا لهذه النظرية معلق على هوى القاضي ، ان شاء طبّقه ، وان شاء استبعده .

والواقع هو أن تفسير هذه النظرية على هذا النحو يعتبر تفسيرا خاطئا ، ويقول الأستاذ نبوابيه[2] : " ان المفهوم الحقيقي لنظرية المجاملة يكمن في التفريق بين مرحلتين :

الأولى : مرحلة وضع قواعد التنازع .
l'élaboration de la règle de conflit

الثانية : مرحلة تطبيق قواعد التنازع .
l'application de la règle de conflit

المرحلة الأولى : مرحلة وضع قواعد التنازع

وهي مرحلة التشريع ، فحسب مفهوم الهولنديين في ذلك الوقت ، وحسب المفهوم الحالي للأمور ، ان كلّ بلد مستقل ، يتمتع بالسيادة الكاملة في وضع جميع قوانينه ، ومنها قواعد تنازع القوانين ، وهذا ما أكدته المحكمة الدائمة للعدل الدولي la cour permanente de justice internationale في قراراتها : " انّ القانون الدولي الخاص لا يعتبر قانونا دوليا وأنّ كل دولة حرة في وضع قوانينها . "

---

(1) نبوابيه ، المرجع السابق ، ص 369 بند 407 — 408 .

(2) نبوابيه ، المرجع السابق الاشارة اليه .

ويقول فقهاء المدرسة الهولندية اذا اتخذ المشرع الوطني حلا معينا لفض مشكل تنازع القوانين ، فلا يوجد أى التزام قانوني يجبره على ذلك(1) وانما هو يفصل ذلك على أساس المجاملة لتسهيل العلاقات الدولية . ويقول نبوابيه :
" ان الهولنديين على حق في استعمال فكرة المجاملة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي ، فقصدهم أن المجاملة تكون عند اتخاذ حل معين لفض مشكل تنازع القوانين ، أى في مرحلة تشريع قواعد التنازع .

المرحلة الثانية : مرحلة تطبيق قواعد التنازع

يقول نبوابيه : " في هذه المرحلة يكمن خطأ فهم هذه النظرية ، انّ الهولنديين لم يقصدوا أبدا القول بأنّ القاضي الوطني حر في تطبيق قاعدة التنازع ، اذ أن هذه الأخيرة تعتبر ، كبقية القواعد القانونية ، لها قوتها الملزمة ، وبالتالي فلا يمكن تطبيق فكرة المجاملة في هذه المرحلة . " .

وأخيرا يضيف الأستاذ نبوابيه أن هذه المدرسة لم تأت بجديد في فقه دارجنتريه ، وانما أخذته كما هو ولم تضف اليه شيئا آخر . ولا ينبغي أن ننسى أن هذه المدرسة قد عالجت تنازع القوانين بالمعنى الدولي ، بعكس المدرسة الايطالية القديمة التي عالجت التنازع بين قوانين المدن .

4 ـ تنازع القوانين في القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر :

انتقل فقه المدرسة الهولندية بدوره الى بريطانيا التي انتعش فيها النظام الاقطاعي ، فلم تحظ بتطبيق أى قانون أجنبي الى غاية القرن الثامن عشر ، وذلك اثر عودة القاضي جانكيس JENKINS من منفاه ، حيث كان يتلقى في

(1) Lorsqu'un souverain décide de résoudre les conflits d'une manière ou d'une autre, il ne remplitaucune obligation juridique, mais comme disent les hollandais, c'est par courtoisie, pour aider et faciliter dans une certains mesure les rapports internationaux.

الأراضي الواطئة Pays bas العلوم التي كانت تلقى بجامعتها ، فجاء بالنظريات الحديثة التي كانت تلقى هناك ، كما أن طلبة ايكوسيا Ecosse كانوا يتابعون تعليمهم في الجامعات الهولندية ، فانتشر فقه المدرسة الهولندية في كل أنحاء بريطانيا ومستعمراتها ، ومنها الولايات المتحدة ، التي ظهر فيها فقيه يدعى ستورى STORY وكان أستاذا بجامعة هارفارد وقاضيا بالمحكمة الاتحادية العليا ، وقد وضع في سنة 1334 كتابا في " تعليقات على تنازع القوانين " ، وقد تأثر ستورى بفقه المدرسة الهولندية وخاصة بفقه هوبر HUBERT ، وعني بفكرة التنازع الدولي للقوانين وبدراسة فكرة المجاملة ، واستعمل لأول مرة اصطلاح القانون الدولي الخاص ، فكان لكتابه تأثير كبير على القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية كما كان له تأثير في انجلترا . (1)

واذا رجعنا الى القارة الأروبية ، نجد في فرنسا الأستاذ فريلكس FOELIX وقد عاش من سنة 1791 الى سنة 1353 ، وكان محاميا لدى محكمة استئناف باريس ، فألّف في سنة 1343 كتابا في تنازع القوانين ، عنوانه : " في القانون الدولي الخاص وفي تنازع قوانين مختلف الأمم في مواد القانون الخاص " .

فنقل اصطلاح القانون الدولي الخاص وسلّم بفقه المدرسة الهولندية ، وما تقوم عليه من مبدأ إقليمية القوانين وبفكرة المجاملة الدولية .

يتضح لنا أخيرا أن مبدأ إقليمية القوانين قد ساد في القارة الأروبية وفي البلاد الأنجلوأمريكية الى أواخر النصف الأول من القرن التاسع عشر الى أن ظهر في الفقه الأروبي تيّاران جديدان ضدّ إقليمية القوانين يفيض أحدهما عن نزعة عالمية ، ويقوم على فكرة قانونية هي فكرة الاشتراك القانوني ، وقد صاغها سافيني SAVIGNY ، ويقوم ثانيهما على فكرة سياسية هي مبدأ الجنسيات ، وقد صاغها مانشيني MANCINI ، ثم جاء من بعدهم فقهاء آخرون ساهموا بآرائهم المختلفة في تطوير نظرية تنازع القوانين .

---

(1) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 46 .

وهكذا نستنتج من هذه اللمحة التاريخية أنّ ظهور نظرية تنازع القوانين كان نتيجة ظروف معينة تتمثل في ازدهار العلاقات التجارية من جهة ، واختلاف التشريعات في المدن الايطالية في القرن الثاني عشر والثالث عشر ، ومن جهة أخرى ، اذ لو كانت هذه التشريعات آنذاك موحدة لتأخر ظهور هذه النظرية الى أن يرتفع المستوى الفكري للمجتمعات الى درجة معينة من التطور .

ولفض هذا المشكل لا يمكننا أن نتمسك بمبدأ خاص كمبدأ الاقليمية المطلقة مثلا أو مبدأ شخصية القوانين ، بل اننا نؤيد رأى الأستاذ جابر جاد الذى يقرر أنّ أساس حلول تنازع القوانين هو التوفيق بين العدالة والمنفعة .

ويجدر بنا أن نشير الى أن تنازع القوانين لا يمكن أن يقوم الاّ بعد توافر الشروط التالية :

1 — لا يمكن تصور قيام تنازع القوانين اذا كانت العلاقة القانونية وطنية بحتة ، اذ أن هذه الأخيرة يطبّق عليها القانون الوطني ، وانّما يشترط أن تكون العلاقة القانونية تحتوى على عنصر أجنبي ، أى علاقة ذات طابع دولي .

2 — أن يفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي ، ومن المعلوم أن القانون الوطني هو وحده يتمتع بالسيادة الكاملة داخل حدود دولته ، وبالتالي اذا نصّ المشرع الوطني على تطبيق القانون الوطني على كل العلاقات القانونية ، سواء كانت وطنية أو دولية ، فان ظاهرة التنازع لا تثار أبدا حيث تكون المسألة محلولة ، وذلك بتعيين القانون الواجب التطبيق سلفا . (1) ولكن تثار فكرة التنازع اذا أفسح المشرع الوطني المجال لتطبيق القانون الأجنبي ، ولا يمكن تصور ذلك الاّ بعد ما وصل الفكر القانوني الى درجة مرموقة من التطور بحيث أصبح يتعذر على المجتمعات البقاء في معزل عن بعضها البعض سواء كان ذلك من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية وذلك

---

(1) الهداوى حسن ، المرجع السابق ، ص 8 .

بسبب تشابك العلاقات بين الأفراد وازديادها ، فأصبح المشرع الوطني يضع قواعد لتنازع القوانين ويفضل أحد القوانين المتنازعة باعطائه الاختصاص .

3 — يجب أن تكون القواعد القانونية مختلفة ، كذلك لا يمكن تصور قيام تنازع القوانين اذا كانت القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقات القانونية متشابهة في قوانين الدول المختلفة ، وان كان فريق من الفقه [1] يرى أنه يجب ألا يصل الاختلاف الى حد التعارض بين الأسس التي تقوم عليها القوانين المختلفة ، اذ يتعذر في هذه الحالة تطبيق القانون الأجنبي ، وبالتالي لن يكون هناك محل لقيام ظاهرة التنازع . وأبرز مثال يضربونه في هذا المجال رفض الدول الغربية تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة الى طلاق المسلمين أو بالنسبة الى تعدد الزوجات . لكن فريقا آخر من الفقهاء يعترض على هذا الرأى ويقول ان المثال السابق لا يدل على انتفاء ظاهرة التنازع ، وانما يدل على وجود مانع يمنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي رغم ترشيحه لحكم العلاقة القانونية .

4 — ضرورة ارتباط فكرة التنازع بظاهرة الحدود ، يشترط لقيام التنازع بين القوانين أن تنتمي القوانين المتزاحمة في حكم العلاقة الى وحدات قانونية يتحدد مجال تطبيق تشريعاتها بحدود اقليم معين [2] . فلو انتمت مختلف القوانين لنفس الوحدة القانونية ما وجد تنازع حقيقي ، وفي هذا المضمار يجب أن تعترف دولة القاضي بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة ، حتى يتمكن القاضي الوطني من تطبيق قانون الدولة الأجنبية ، لأن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدى الى انكار كل وجود قانوني لهذه الدولة ، ومن ثمّ لن يكون هناك محل للتنازع والمفاضلة بين القوانين .

---

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 8 بند 3 .
(2) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 12 بند 10 .

5 — تحديد مجال تطبيق تنازع القوانين ، لا يمكن قيام تنازع بين القوانين الا بالنسبة الى العلاقات التي تقوم بين الأفراد أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة ، أي كل العلاقات التي لا تكون الدولة ، أو أحد فروعها ، طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة ، وتحتي بها العلاقات الداخلة ضمن نطاق القانون المدني والقانون التجارى ، اذ بالنسبة الى هذه العلاقات لا يوجد مانع من تطبيق القانون الأجنبي حيث لا يمس هذا بالمصلحة العامة أو بسيادة الدولة ، اذ أن القانون الدولي الخاص يقوم أساسا بتنظيم المصالح الخاصة للأفراد .

ومتى توفرت هذه الشروط ، تقوم ظاهرة تنازع القوانين ، وأبرز ميزة في هذه الظاهرة هي أنها تمنح القاضي الحق في تطبيق قانون أجنبي غير قانونه الوطني متى ترشّح القانون الأجنبي لحكم العلاقة القانونية .

* * *

المبحث الثاني

أساس تطبيق القانون الأجنبي

لقد اقترحت عدة نظريات لتفسير الأساس الذى يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي وأهمها ما يلي :

المطلب الأول

نظرية الحقوق المكتسبة Wested rights

ظهرت هذه النظرية في البلاد الأنجلوسكسونية ، حين حاول الفقهاء الأنجلوسكسونيون التوفيق بين تطبيق القانون الأجنبي ومبدأ الاقليمية . (1)

(1) ديروبيه ، المرجع السابق ، ص 63 .

فقالوا ان القاضي حينما يقوم بتطبيق القانون الأجنبي يقصد الى احترام الحق المكتسب الذى رتّبه هذا القانون لصاحب الحق .

نقدها :

1 ـ تعتبر هذه النظرية غير شاملة ، اذ لا تفسر لماذا تطبق القانون الأجنبي عندما تكون العلاقة متعلقة بانشاء حق أو مركز قانوني كالطلاق مثلا أو الزواج .

2 ـ كما لا يوجد أى حق مكتسب في تطبيق القانون الأجنبي وانما يوجد حق مكتسب يتمثل في الالتزام بتطبيق قاعدة التنازع في قانون القاضي المطروح أمامه النزاع . (1)

* * *

المطلب الثاني

نظرية الاستقبال والادماج

La reception et l'incorporation

نادى بهذه النظرية الفقه الايطالي ، وأسسها على أن القاضي عندما يقوم بتطبيق القانون الأجنبي ، يقوم بعملية ادماجه في قانونه الوطني ، وتنقسم هذه النظرية الى رأيين :

الرأى الأول : يرجع للفقيه الايطالي أنزيلوتي (2) ANZILLOTTI الذى نادى بالاستقبال المادى للقانون الأجنبي أى la reception materielle ، وطبقا لرأيه ، فان مضمون القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني اندماجا

---

(1) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 141 - 142 .

(2) Mohand ISSAD, Droit international privé, les régles de conflits, 1980, office des publications universitaires, Alger, pp. 174 et 179.

ـ وأنظر أيضا : ديرّوبيه ، المرجع السابق ، ص 66 .

ـ وأنظر أيضا : باتيفول ، المرجع السابق ، ص 379 بند 326 .

كليا بحيث يفقد صفته الأجنبية ، وحين يطبق القاضي القانون الأجنبي فكأنّه يطبق قانونه الوطني ويخضع لأمر مشرعه .

أما الرأى الثاني : فقد نادى به الفقيه روبرتو آقـو Roberto AGO ويتعلق بالاندماج الشكلي la reception formelle . وهذا الأخير يحتفظ للقاعدة الأجنبية ، رغم اندماجها في القانون الوطني ، بمفهومها وقيمتها الأجنبية ، وانما يطبقها القاضي باعتبارها قد اندمجت شكلا فقط في قاعدة التنازع في قانونه .

نقدهـا :

عيب هذه النظرية أنها تفقد القانون الأجنبي مفهومه الأجنبي وقيمتـــه الأجنبية لمجرد أن قاضيا أجنبيا قام بتطبيقه ، وهكذا فشلت هذه النظرية فـــي تبرير الأساس الذى يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي .

* * *

المطلب الثالث

نظريـة المجـاملـة الـدوليـــة

La courtoisie internationale

نادت بهذه النظرية المدرسة الهولندية التي كانت لا تقبل تطبيق القانـــون الأجنبي الاّ على سبيل المجاملة ، وقد سبق الحديث عنها ، وهي لم تكن تعتـــبر أنّ القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الأجنبي ، واذا قام بتطبيقه فيعتبر هــذا تنازلا أو تضحية منه .(1)

نقـدهـا :

لقد انتقدت هذه النظرية بأنها تفتح الباب على مصراعيه لأهواء القضاة، بحيث يطبقون القانون الأجنبي حسب أهوائهم ، ولكن كما رأينا سابقا ، لم تقصد هـــذه النظرية في الواقع القول بالمجاملة الاّ عند وضع قواعد التنازع .

(1) باتيفول، المرجع السابق ، ص 270 بند 225 .
— وانظر أيضا : علي علي سليمان ، المرجع السابق ص 32 .

المطلب الرابـع
نظـريـة العـــرف الدولـــي

يقول أنصار هذه النظرية أن الدول منذ مدة طويلة دأبت على تطبيق القانون الأجنبي في حكم العلاقات التي تحتوى على عنصر أجنبي ، فهذه الممارسة الطويلة صارت بمثابة عرف دولي ملزم ، وكثير من التشريعات تشير بتطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا ، أي التي اصطلح عليها العرف الدولي .

نـقـد هــا :

لا يرجع سبب تطبيق القانون الأجنبي الى القانون الدولي العام ، كما أن البعض ينكر اليوم وجود عرف دولي يلزم الدول كافة بتطبيق القانون الأجنبي على العلاقات التي تحتوى على عنصر أجنبي ، وانّما تطبيق القانون الأجنبي يتحقق عادة بنص تشريعي داخلي عندما يعتقد المشرع أن حسن سير العدالة يتطلب هذا التطبيق. (1)

* * *

المطلب الخامس
نظريـة اعتبار القانـون الأجنبي كواقعـــة

يتزعم هذا الرأى حاليا في فرنسا ، الأستاذ باتيفول وبعض الفقهاء ، ويعتبر القانون الأجنبي في رأيهم مجرد واقعة وليس قانون . ففي نظر الأستاذ باتيفول أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين : العنصر المحتوى element rationnel أو مضمون القاعدة وكونها عامة أو مجردة ، وعنصر آمـــر element imperatif

(1) حافظ ممدوح عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقـــي والمقارن ، الطبعة الثانية 1977 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ص 261 — 262 .

وهو الذى تستمد منه القاعدة قوتها الملزمة وإذا كانت القاعدة الأجنبية تشتمل على هذين العنصرين في بلد المشرع الذى أصدرها ، فانها تفقد العنصر الأخير في حالة تطبيقها أمام القضاء الأجنبي ، ذلك أن العنصر الآمر في القاعدة يتحدد بدائرة بالاقليم الذى يزاول فيه مشرع القاعدة سيادته ، أما خارج هذا الاقليم ، فانه لا يبقى للقاعدة سوى مضمونها وعنصرها المحتوى ، ومن ثم تفقد صفتها كقاعدة قانونية ولا يخبر أمر المشرع الوطني بمقتضى قاعدة الاسناد من طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، فتبقى قواعده غريبة عن النظام القانوني الداخلي ، ومن ثم يحوزها العنصر الآمر ولا تكون لها بالتالي صفة القانون . (1)

نقد هذا :

اعترض على نظرية اعتبار القانون الأجنبي كواقعة بما يلي :

1 ـ كيف تطبق واقعة على واقعة ؟

أليس الخصوم هم الذين يعرضون الوقائع على القاضي ، والقاضي هو الذى يقول كلمة القانون في هذه الوقائع ؟

أفليس المثل السائر يقول على لسان القاضي :

" أعطني الوقائع أعطك القانون "(2) .

" Donne-moi le fait, je te donne le droit ".

والمفروض أن القاضي يعرف القانون .

2 ـ أنّ هذه النظرية تنكر على القانون الأجنبي صفته القانونية في حين أنه قانون واجب الاحترام في بلده ، كما أن دور قاعدة الاسناد هو أن ترد للقاعدة الأجنبية العنصر الذى فقدته وهو عنصر الأمر .

---

(1) هشام علي صادق ، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادىء العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصرى ، الطبعة الثالثة ، 1974 ، الناشر : منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص 247 و 249 بند 64 .

(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 146 .

المطلب السادس

نظـريـة العـدالـة L'équité

انّ تطبيق القانون الوطني على العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي ، قد يؤدي أحيانا الى الظلم وعدم تحقيق العدالة ، وكمثال على هذا ما ضربه الأستاذ فريديرك هاريسون في انجلترا : شخص مطلوب منه من قبل المحكمة الانجليزية أن يثبت أنه ولد شرعي ، من أبوين كانا قد تزوجا في الخارج منذ مدة طويلة ، وكان الزواج شرعيا طبقا لقانون تلك الدولة الأجنبية ، في حين أنه ليس كذلك من وجهة نظر القانون الانجليزي النافذ ، فانكار هذه العلاقة ، يعتبر نكرانا فاضحا للعدالة .

اذن فكلما كان تطبيق القانون الأجنبي يحقق العدالة ، وجب على القاضي تطبيقه ، وبما أن قواعد تنازع القوانين قد وجدت لتحقيق حاجات الناس فلا يجوز أن نضحي باعتبار العدالة بسبب كونها مرتبطة بقانون أجنبي . (1)

الخلاصة :

نخلص مما تقدم الى أن أكثر النظريات قبولا كأساس لتطبيق القانون الأجنبي هي نظرية العدالة ، ذلك لأن العدالة لا تعترف بالحدود بين الدول ، كما لا يجوز أن تكون الدول سببا في عدم تحقيق العدالة ، أي أن نظرية العدالة هدفها حثّ جميع الدول على تطبيق القانون الأجنبي متى رشّحته قاعدة الاسناد الوطنية لحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي .

* * *

---

(1) ممدوح عبد الكريم حافظ ، المرجع السابق ، ص 260.

المبحث الثالث

موانع تطبيق القانون الأجنبي في غير حالة الغش

في هذا المبحث نتعرض للموانع الأخرى التي تمنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي ، ونقسّم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب . نخصص المطلب الأول للنظام العام ، والمطلب الثاني للمصلحة الوطنية ، أما المطلب الثالث ، فسوف نخصصه لتنازل الأطراف عن تطبيق القانون الأجنبي .

المطلب الأول

النظام العام

ان مصطلح النظام العام كثير الاستعمال في لغة القانون ، سواء كان خاصا أو عاما ، وقد بذلت محاولات عديدة ، فردية وجماعية للتوصل الى تعريف صحيح لفكرة النظام العام ، لكنّ جلّها باءت بالفشل ، ولم تسلم من النقد بسبب غموضها . فعرفه بعض الكتاب الانجليز : (1) " بأنه المبدأ الذي يوجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يخالف فيها تطبيقه سياسة القانون الانجليزي أو قواعد الآداب العامة المرعية في انجلترا أو يتعارض مع ضرورة المحافظة على النظم السياسية فيها . " .

وعرّفه الفقيه كابيتان (2) CAPITANT بأنه : " مجموعة النظام والقواعد الوثيقة الصلة بمدنية بلد ما ، والتي يتحتم على قضائها تطبيقها بالأفضلية على أي قانون أجنبي ، ولو كان مختصا وفقا لقواعد الاسناد العادية . " .

---

(1) الهداوي حسن ، المرجع السابق ، ص 106 .

(2) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، هامش ص 532 .

بيما عرّف الدكتور أحمد مسلم[1] النظام العام في دولة ما بأنه : " هو الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات سياسية تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية ، كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك . " .

ولكنّ غالبية الفقهاء يعرّفونه عادة بأنه : " تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ، واحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا ، بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة . " .

أما القوانين الوضعية ، فمنها ما قام بتعريفه ، ومنها ما فضّل السكوت ، واكتفى بالاشارة اليه فقط ، فمثل الأولى ، القانون المدني الألماني ، حيث عرّفه في المادة 30 منه ، التي تنص على ما يلي :

" ان قواعد النظام العام هي تلك القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للبلد ، ومفهومها في وقت معين ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد ذلك النظام . "[2] .

ومثل الثانية ، القانون المدني الجزائري الذي التزم السكوت عن تعريف النظام العام واكتفى بالاشارة اليه في المادة 24 منه ، فنصّ على ما يلي :

" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر . " .

---

(1) الهداوي حسن ، المرجع السابق ، ص 106 - 107 .

(2) الهداوي حسن ، المرجع السابق ، ص 106 .

ويتضح لنا من خلال هذا النّص ، أن المشرع الجزائرى ألزم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي طالما تعارضت نصوصه مع مقومات النظام العام الجزائرى ، وتــرك مهمة تحديد مفهومه الى القاضي المطروح أمامه النزاع .

والأصل أن فكرة النظام العام ليست حديثة العهد في مجال القانون الدولي الخاص ، بل ظهرت منذ ظهور تنازع القوانين ، وكان الفقهاء قد عبّروا عنهـــا بتعبيرات مختلفة ، فالفقيه بارتول زعيم المدرسة الايطالية ، هو أول من نـــادى بهذه الفكرة عند تعرضه لآثار الأحوال في الخارج . (1)

فلقد قسّم هذا الفقيه الأحوال (أى القوانين) الى أحوال مستحسنـــة favorables وقوانين طالحة أو مستهجنة statuts odieux ، وقال بأن هذه الأخيرة لا يجوز أن تمتد خارج الاقليم في حين يجوز للأولى أن تمتد خارج الاقليم ، فكانت هذه الفكرة هي النواة الأولى لفكرة النظام العام .

ومنذ ذلك العهد لم تتبلور فكرة النظام العام الاّ في خلال القرن التاســـع عشر ، بعد أن بدأت حركة التقنين تنشط ، واختلفت القوانين الوضعية في اتجاهاتها قليلا أو كثيرا .

ونشير كخلاصة لهذا المبحث الى أننا سوف نؤجل الكلام عن الآثار التي تترتب على الدفع بالنظام العام ، وترجيء بحثها الى الفصل الأول المتعلق بأســـاس تطبيق الغش نحو القانون ، وذلك حتى نتمكن من مقارنتها بالآثار التي تترتب على إعمال الغش نحو القانون ، لأن بعض الفقهاء يعتبرون أن الدفع بالغش نحوالقانون ما هو الاّ صورة من صور النظام العام ، في حين أن البعض الآخر يعتبرون فكـــرة الغش ، فكرة مستقلة تماما عن فكرة النظام العام .

* * *

(1) Juris - Classeur, Droit international privé, fase 534^{A}, p.4.

المطلب الثاني

المصلحة الوطنية

تعتبر المصلحة الوطنية هي المانع الثاني من موانع تطبيق القانون الأجنبي ، وهذا المانع يتعلق فقط بأحكام الأهلية ، وذلك اذا كان الأخذ بأحكامها يؤدى الى حدوث أضرار بمصلحة أحد الأفراد . هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون المدني الجزائرى : " ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها ، اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية ، وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة ".

من خلال هذا النص نستنتج شروط الدفع بالمصلحة الوطنية .

أولا — شروط تطبيق المصلحة الوطنية :

1 — يجب أن يكون التصرف الذى قام به الأجنبي من التصرفات المالية ، فتخرج جميع التصرفات الأخرى عن التمسك بفكرة المصلحة الوطنية كالتصرفات التي تتعلق مثلا بالأحوال الشخصية ، اذ أن هذه الأخيرة تخضع للقاعدة العامة ، وهي ما نصت عليه المادة 10 فقرة أولى من القانون المدني الجزائرى من خضوع الحالة المدنية للجزائريين وأهليتهم الى القانون الجزائرى ، ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية .

2 — أن يتم هذا التصرف المالي في الجزائر وأن ينتج أيضا آثاره فيها . فاذا تمّ التصرف في الجزائر وأنتج آثاره في الخارج أو العكس ، فيترتب على ذلك أن فكرة المصلحة الوطنية لا يمكن أن تنهض حتى لو تحققت بقية الشروط .

3 — أن يكون أحد أطراف العلاقة أجنبيا وناقص الأهلية حسب قانونه الشخصي ، ولكنه يتمتع بكامل الأهلية طبقا للقانون الجزائرى ، وعليه فاذا كان الأجنبي

ناقص الأهلية طبقا للقانون الجزائري ، فلا يمكن التمسك في مواجهته بالمصلحة الوطنية .

4 — يجب أن يكون نقص أهلية الأجنبي يرجع الى سبب فيه خفاء بحيث لا يسهل على الطرف الثاني تبينه ، وبعبارة أخرى يجب على هذا الأخير أن يكون حسن النية ، فاذا كان يعلم بسبب نقص أهلية الأجنبي وتعمد تجاهله ، فلا يستحق الحماية وقد يعترض على هذا بقاعدة (1) " لا عذر بجهل القانون " فكيف يعذر المتعاقد مع الأجنبي بجهله لقانون هذا الأجنبي ؟

لكن يردّ على هذا الاعتراض بأن هذه القاعدة تقتصر على الجهل بالقانون الوطني الذي يفترض في كل مواطن أن يعرفه متى وصل الى علمه بطريق النشر في الجريدة الرسمية ، بينما الجهل بالقانون الأجنبي عذر مقبول لأن المفروض أن الانسان لا يستطيع أن يحيط علما بأحكام قوانين العالم كلّه ، لاسيما اذا اعتبر القانون الأجنبي كواقعة .

هذا ونلاحظ أن الفقه قد اختلف حول ما اذا كان هذا الحكم الاستثنائي موضوعا لحماية الأشخاص الوطنيين فقط ، أو هو موضوع لحماية المصلحة الوطنية بصرف النظر عن جنسية العاقد .

فاذا أخذنا بالرأي الأول استلزم شرطا خامسا يقضي بأن يكون المتعاقد مع الأجنبي جزائريا ، ولعل ظاهر النّص يؤيد ذلك حين يقول : " اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ، مما يفهم منه بمفهوم المخالفة أن الطرف الآخر يجب أن يكون وطنيا لا أجنبيا . (2)

وعلى كل حال ، فهذه الأمور متروكة لتقدير المحكمة ، ويختلف حكمها باختلاف الظروف والأحوال (3) . ففي العقود اليومية كالتي تتعلق مثلا بالمأكل

(1) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 69 .
(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 69 .
(3) جابر جاد عبد الرحمان ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثالث ، في تنازع القوانين ، طبعة 1962 ، ص 115 بند 125 .

والصلاح ، لا يمكن المحكمة أن تطالب المتعاقد الوطني بالبحث والتحرى عن حكم القانون الأجنبي والقيام بدراسة القانون المقارن ، ومن ثم فانها تحميه ، أما في العقود الأكثر أهمية كالاقتراض مثلا من البنوك وبيع العقارات ، فان المحاكم تظهر شدة أكثر معه ، وتتطلب منه زيادة في الحرص ، وتعتبره مقصرا اذا لم يقم بالتحرى الكافي عمن يتعامل معه .

هذا ونلاحظ أخيرا أنه في حالة ما اذا قام الأجنبي بالتحايل على الطرف الوطني ، كأن يقدم له أوراقا مزوّرة ، تثبت أهليته الكاملة ، واتخذ حالة الشخص الكامل الأهلية ، فوقع الطرف الثاني ضحية مكيدته وتعاقد معه ، ففي هذه الحالة لا يقبل منه التمسك بالمصلحة الوطنية في حالة ما اذا طلب الطرف الأجنبي بطلان التعاقد ، وانما تقضي له المحكمة بمسؤولية الأجنبي عن الفعل الضار الذى ارتكبه .

ثانيا — تاريخ التمسك بالمصلحة الوطنية :

لو قارنا المصلحة الوطنية بفكرة النظام العام ، وبفكرة الغش ، نجد أنها حديثة العهد ، اذ ظهرت في الفقه الفرنسي منذ ما يقرب من قرن ونصف ، أى في سنة 1361 في قضية شهيرة تعرف بقضية ليزاردى LIZARDI وتتلخص وقائعها فيما يلي :

كان ليزاردى شابا مكسيكي الجنسية ، يقيم في باريس ، وقد قام بإبرام صفقة تجارية هي شراء مجوهرات قيمتها 30,000 فرنك ، وحرّر بها سندات إذنية ، وكان عمره آنذاك نحو الثالثة والعشرين ، فلما طالبه البائع بسداد أول سند دفع بالبطلان على أساس أنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكي (وهو قانونه الواجب التطبيق ، طبقا لقاعدة الاسناد الفرنسية) وهو يحدد سنّ الرّشد بخمس وعشرين سنة ، لكن المحكمة المرفوع أمامها النّزاع لم تأخذ بهذا الدفع ، وقضت بصحة التزامه وأيدتها في ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر في 16 جانفي سنة 1361 ، وألزمت المدّعى عليه بدفع المبلغ المستحق في ذمته ،

وقالت انّه لا يجوز ابطال هذه السندات لأن التجار الفرنسيين لا يعرفون أحكام القانون المكسيكي ، اذ خدعتهم مظاهر هذا الشاب المكسيكي الذى أظهر لهم أنه رشيد وكانوا حسني النّية ، ومن ثمّ ففي تطبيق القانون المكسيكي إضـــرار بمصلحتهم أو بالمصلحة الوطنية .

ويلاحظ أن هذا الحكم قد أحدث دويا هائلا في الأوساط القانونية . (1) وانقسم بصدده الفقهاء الى فئة معارضة ، وهي أقلية ، كقابس وبرقيل وأرت ..وى ، وفئة مؤيدة ، وهي الأكثرية ، ومنها نبوابيه وليفير أولمان وباتيفول ... الخ .

وكان النجاح حليف هؤلاء لأن القضاء استمر في تطبيق هذه النظرية حتى أصبحت قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص ، ونصت عليها كثير من التشريعات كالتشريع الألماني والبولوني ، وبعض الاتفاقات الدولية كاتفاق جنيف في 7 جوان سنة 1930 بخصوص تنازع القوانين بالنسبة الى الكمبيالة والسند الاذني . (2)

ثالثا — آثار المصلحة الوطنية :

يترتب على الأخذ بنظرية المصلحة الوطنية عدم الأخذ بأهلية الأجنبي طبقا لقانون جنسيته بالنسبة الى التصرف المالي الذى يترتب عليه ضرر مالي لأحـــد الأفراد ، ويصحح العقد باعتباره صادرا من كامل الأهلية كما هو وارد في القانون الوطني ، ويرفض دفع الأجنبي بنقص أهليته ويلزم بما يرتبه العقد من آثـــار والتزامات . (3)

رابعا — أساس المصلحة الوطنية :

يرى بعض الفقهاء ، ومنهم الفقيه بارتن BARTIN أن أساس المصلحـــة الوطنية هو النظام العام ، وكما هو معروف ، ففكرة النظام العام هي دفع يتمسك به

---

(1) جابر جاد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، هامش وصفحة 111 بند 123 .
(2) جابر جاد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، هامش صفحة 112 .
(3) الهداوى حسن ، المرجع السابق ، ص 164 .

لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ، وذلك لاختلافه اختلافا جوهريا مع مضمون القانون الوطني .

في حين يرى البعض الآخر ومنهم نبواييه ، أن المصلحة الوطنية تقوم على فكرة الاثراء بلا سبب ، اذ يجب أن نطبق في هذه المسألة القاعدة التي تقول : " لا يجوز لأحد أن يثرى على حساب غيره " . لكن يرد على هذا الرأى بما يلي :

1 — ان الاثراء هنا له سبب ، وهو العقد ، ولو كانت المصلحة الوطنية تقوم على أساس الاثراء بلا سبب لترتب على ذلك أن الطرف الذى يراد حمايته لا يستطيع أن يطالب الا بالأقل من القيمتين :

أ — المنفعة العائدة على الأجنبي .

ب — مقدار ما افتقر هو به .

في حين أن المصلحة الوطنية تؤدى الى تصحيح العقد .

2 — لكن غالبية الفقهاء ، ومنهم باتيفول ، يرجعون أساس المصلحة الوطنية الى فكرة الجهل بالقانون ، وهذا أصلح أساس لهذه النظرية ، اذ لا يمكن الشخص أن يلمّ بكافة القوانين الأجنبية ، لاسيما اذا اعتبر القانون الأجنبي كواقعة ، والجهل بالوقائع عذر مقبول .

* * *

المطلب الثالث

تنازل الأطراف عن تطبيق القانون الأجنبي

هذا هو المانع الثالث من موانع تطبيق القانون الأجنبي ، اذ يكون إمكان تطبيق القانون الأجنبي بيد الأطراف ، وذلك عندما يعامل القانون الأجنبي في دولة القاضي الوطني على أساس أنه واقعة وليس قانونا ، وفي هذا الصدد يمكن أن نطرح السؤال التالي :

اذا كان القاضي الوطني بصدد علاقة مشتملة على عنصر أجنبي ، فهل يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أو يجب أن يتمسك الخصوم بتطبيقه ؟

لو رجعنا الى فرنسا ، نجد القضاء وغالبية الفقه هناك لا تلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي (1) ، وذلك لأنهم ينظرون الى القانون الأجنبي باعتباره واقعة وليس قانونا ، وبالتالي يجب على الخصوم التمسك بتطبيقه متى رغبوا الخضوع لأحكامه .

أما في ألمانيا وسويسرا ، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، اذ يعتبر هناك قانونا لا واقعة . هذا واذا كانت دولة القاضي الوطني تعامل القانون الأجنبي كالواقعة ، فيترتب على ذلك ما يلي :

1 — وفقا للمبادىء المستقر عليها في قانون الاجراءات ، على الخصوم أن يتمسكوا بالقانون الأجنبي أمام محكمة الدرجة الأولى أو على الأكثر أمام محكمة الدرجة الثانية ، باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع لا طلبا جديدا .

2 — على الخصوم اثبات القانون الأجنبي ، وليس القاضي ملزما بمعرفته ، ولو كان القانون الأجنبي يعتبر قانونا لوجب على القاضي معرفته . (2)

3 — ويترتب على اعتبار القانون الأجنبي بمثابة واقعة من حيث الاثبات ، ان القاضي يتمتع بحرية واسعة في تطبيقه أو عدم تطبيقه ، وفي اعطائه أية قيمة تقديرية يراها مناسبة ، ومع ذلك فهو يتخلى عن حياده المطلوب منه بالنسبة الى الوقائع التي هي من اختصاص الخصوم ، فيستطيع أن يبحث بنفسه عن القانون الأجنبي لدى مصالح وزارة العدل مثلا أو السفارات الأجنبية أو بواسطة المحامين . كما أنّه غير مقيّد بالقوة الثبوتية والحجية التي يمنحها القانون الأجنبي لقواعد الاثبات فيمكنه ألا يعطيها الاّ القيمة التي يراها مناسبة .

---

(1) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 408 بند 351 .
(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 146 .

على أنّ هناك اتجاها جديدا في القضاء الفرنسي ، اذ صدرت عدة أحكام تفسح المجال للنقض في حالة تشويه القانون الأجنبي dénaturation .(1)

واذا اعتبر القانون الأجنبي كواقعة ، فللخصوم حق التنازل عن هذه الواقعة ، بل أحيانا يفضل الخصوم التنازل عن القانون الأجنبي باعتباره واقعة اذا كـــان لا يحقق لهم أية فائدة أو مصلحة أو كانت هذه المصلحة ضئيلة بالنسبة الى ما كانوا يرجونه لو طبّق القانون الأجنبي باعتباره قانونا وليس واقعة .

* * *

(1) بكوش يحيى ، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجـــزائر ، طبعة 1981 ، ص 25.

الفصل الأول

أساس الغش نحو القانون

نقسّم هذا الفصل الى مبحثين : المبحث الأول ، نتطرق فيه الى مفهوم الغش نحو القانون ، ثم نقسمه بدوره الى مطلبين : فنتعرض في المطلب الأول ، للغش من حيث التطور التاريخي . أما المطلب الثاني ، فنتعرض فيه للشروط الواجب توافرها في الغش . وفي المبحث الثاني نتطرق لمختلف الآراء التي جاءت لتأسيس نظرية الغش نحو القانون .

* * *

المبحث الأول

مفهوم الغش نحو القانون

الغش في معناه اللّغوي ، يقصد به الخديعة والتحايل بقصد الاضرار بالغير ، وفكرة الغش وجدت منذ أن وجد القانون وفي جميع فروعه . ففي الالتزامات التعاقدية مثلا ، ينطوي الغش على صور مختلفة ، فيقصد به تارة الاضرار بأحد المتعاقدين ، وهذا ما يسمى بالتدليس ، ويقصد به طورا الاضرار بالغير ، فيحتفظ باسم الغش ، والغير إمّا أن يكون دائنا لأحد المتعاقدين ، كما تسمى الدعوى البولصية بدعوى الصّورية . وإمّا أن يكون غير دائن يريد المتعاقدان إلحاق الضرر به بمحاولتهما التملص من واجب عليهما نحوه ، كعقد بيع يذكر فيه ثمن أكثر من الحقيقة لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة أو أقل من الحقيقة

للانتقاص من الرسوم المستحقة.(1)

أما الدفع بالغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، فيعتبر بمثابة الدرع الذى تحمي به الدولة نفسها من تحايل الأفراد على قوانينها الوطنية، وذلك لأن في قيام فكرة الغش يستبعد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

وقد يكون القانون الواجب التطبيق لحكم هذه العلاقة هو القانون الوطني، فيعمد الأطراف الى استبعاده بطرق احتيالية، بتغيير ضابط الاسناد هادفون من وراء ذلك الى تحقيق مصالحهم الشخصية، وفي هذه الحالة يقوم القاضي الوطني باستبعاد القانون الأجنبي جزاءا لسوء نيتهم وتطبيقا للمبدأ القائل: " الغش يفسد كل شيء " (2) Fraus omnia corrumpit. وهذا المبدأ نابع من المنطق، فمهما كانت الظروف التي يحدث فيها الغش، فهو يعيب كل شيء يلمسه لأن الخداع والتحايل تضار منهما الكافة، كما أن الغش لا يتحدد بمجال معين بل يمكن أن ينشأ في كافة المجالات القانونية أو غير القانونية، وبالتالي فكل المراكز التي تنشأ بواسطة الغش لا يحميها القانون بسبب ما يترتب عليها من ظلم واضرار بالغير.

وهكذا نلاحظ أن الغش لا يمكن أن يرتّب أى أثر، وتبطل جميع التصرفات التي تحتوى على الغش، طبقا لهذا المبدأ القديم.

هذا ونلاحظ أيضا أن القضاء، رغم محاربته لفكرة الغش في كل أشكاله لم يقدّم لنا أى تعريف له، بينما قدّم الفقه تعريفات مختلفة تتجلى فيما يلي:

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام. نشر دار احياء التراث العربي، ص 1035 بند 590.

(2) Louis LUCAS, Rev. Crit. de droit international privé, Librairie Paris, 1962, p. I.

1 — عرّف الأستاذ هنري ديبوا Henri DESBOIS الغش بأنه : " التدبير الارادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول الى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه . " (1) .

ويرى ديبوا أنّ الغش يحتوي على عنصرين : عنصر مادي ، وهو يتمثل في النتيجة غير المشروعة ، في نظر القانون ، أما العنصر المعنوي ، فيتمثل في نية تجنب أحكام القانون .

2 — أما الأستاذ ريبير RIPERT فيعرّف الغش بأنه : " عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة . "(2) .

لكن هذين التعريفين قد انتقدا من الأستاذ ليجيروبولو(3) LIGEROUPOLO لأنهما لا يشملان كل حالات الغش ، اذ توجد حالات للغش لا يراد فيها التهرب من حكم قاعدة آمرة ، كما في حالة السفيه الذي يتعجل في التصرف بقصد تعيين مجلس عائلي ، فهو في هذا المثال لم يحاول تجنب حكم قاعدة قانونية لأن الحكم باعتباره ناقص الأهلية لا يصدر الاّ بعد تعيين المجلس المذكور. ثم وضع الأستاذ ليجيروبولو تعريفا يقول فيه :

" يوجد الغش نحو القانون كلما اتخذت أعمال ارادية حقيقية ولو كانت غير عمدية ، لايجاد مركز يتفق مع القانون في حرفيته ، ولكنه يهدر الغرض منه . " .

وعرّف فقيه آخر الغش نحو القانون بأنه : (4) " يوجد كلما بوشر عمل acte بقصد اخراجه من نطاق تطبيق القواعد القانونية التي قصد المشرع اخضاعها له ." .

---

(1) Henri DESBOIS , La fraude à la loi et la jurisprudence française, thèse de Doctorat, Paris, Librairie Dalloz,1927,p.11.

(2) Georges RIPERT , la règle morale dans les obligations civiles, 3ème Edition,Librairie de droit et de jurisprudence,Paris 1935,p.311.

(3) LIGEROUPOLO , Le problème de la fraude à la loi, Thèse de Doctorat, Aix, 1928, pp. 44 et 45 N° 19.

(4) تعريف فاليري VALERY في كتابه Manuel de droit international privé: عن ليجيروبولو LIGEROUPOLO ، المرجع السابق ، ص 46 بند 20 .

بينما يعرّف فقيه آخر[1] الغش بأنه : " ينحصر في الوسائل التي يتخذها الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية آمرة أو ناهية للتهرب من هذه القواعد باستخدام القواعد القانونية الأخرى التي يتوقف تطبيقها على ارادتهم مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي .

كما عرّف فقيه آخر[2] الغش بأنه : " يثار حين يكون صاحب الحق قد تمكن من تجنب قاعدة قانونية ملزمة بواسطة استعمال وسيلة ناجحة للوصول الى غرض معين يكون صحيحا في نظر القانون . ".

وعرّف الغش أيضا بأنه : " الاستعمال الارادى لشروط تطبيق القانون من حيث المكان . " .

وطبقا لهذا الرأى فان مفهوم الغش مبهم ، لأنه يحتوى على مظهر شخصي يتمثل في نية مخالفة القانون ، فضلا عن احتوائه على مظهر موضوعي يتمثل في انشاء مركز قانوني .[3]

أما الأستاذ لويس لوكا[4] Louis LUCAS فيعرّف الغش بأنه : " استعمال طريقة مضبوطة في حدّ ذاتها ، تفسح لنا بمفردها الوصول الى تحقيق نتيجة غير سليمة نبتغيها . " .

وأخيرا عرّف الأستاذ الهداوى حسن ، الغش بأنه : " تدبير ارادى لوسائل تؤدى الى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية واحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة . "[5] .

(1) تعريف سافاتييه SAVATIER ، أنظر : عز الدين عبد الله ، هامش صفحة 557 .

(2) José VIDAL, Essai d'une théorie de la fraude en droit français, Thèse de Doctorat 1956, Librairie Dalloz, p. 208.

(3) Travaux de comite français, Comminication de Geraud de la pradelle, la fraude à la loi, 32ème et 34ème années 1971-1973, ouvrage publié avec le concours du centre national de la recherche scientifique Dalloz, 1974, p. 118.

(4) Rev. Crit. du droit international privé, année 1962, p. 3.

(5) الهداوى حسن ، المرجع السابق ، ص 120 .

وبعد عرض مختلف التعريفات والمفاهيم التي جاء بها الفقهاء ، نحاول إعطاء تعريف آخر للغش ، فالغش – في نظرنا . هو : " ارادة تغيير ضابط الاسناد للوصول الى نتيجة مشروعة في حدّ ذاتها ، ومحظورة في نظر القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية " ، أو هو : " التلاعب بأحكام قواعد التنازع بقصد الوصول الى أغراض شخصية " .

* * *

المطلب الأول

التطور التاريخي للغش

أولا – القانون الروماني :

لم يعرف القانون الروماني الغش كنظرية مستقلة بذاتها . ولم يميز هذا القانون بين الغش واختراق القانون la violation de la loi من جهة ، وبين الصّورية la similation من جهة أخرى .

فكل هذه النظريات كان لها مفهوم واحد تقريبا في ظل القانون الروماني ، وبالتالي فلم يكن في هذا القانون نظرية عامة في مجال الغش ، وان كان قد عرف بعض حالات الغش .

(1) La fraus legis .

(2) La fraus patroni uel creditorum .

1 – La fraus legis :

انّ أقدم حالة في الغش كشف عنها Tite live [1] تتعلق بالغش نحو قانون la lex licinia sextia de modo agrorum الذى كان يحظر على الأشخاص أن يمتلكوا أكثر من 500 ، iugera d'ager publicas . فأحد واضعي هذا

(1) جوزيه فيدال José VIDAL ، المرجع السابق ، ص 14 .

القانون حكم عليه بغرامة قدرها (10.000) بسبب ارتكابه غشا نحو قانونه الشخصي يتمثل في رفع الحجز عن ابنه حتى يتمكن هذا الأخير من تملك 500 IUGERA باسمه الشخصي ، في حين أن ابنه كان مازال قاصرا .

كما يذكر Tite Live أنه كانت هناك رسائل كثيرة تستعمل بقصد تجنب القوانين التي كانت تحرّم الرّبا في القرض ، منها أنه بدلا من القرض بفائدة ربوية ما بين الرومان ، كان يؤتى باللاتينيين الذين لا يخضعون للقانون الروماني وبالتالي لا يخضعون للحظر الموجود في هذا القانون ، ليستعملهم الرومان كوسيلة للتحايل على القانون ، فيقوم هؤلاء بإجراء القرض باسمهم ولكن لصالح الرومانيين (1) .

ولكن لما جاء قانون Lex sempronia حرّم الربا على الرومان واللاتينيين على حدّ سواء .

كذلك من أجل وقف هجرة اللاتينيين الى روما وحماية هذه المدينة ، اتخذت اجراءات عديدة لوقف هذه الهجرة ، فاشترط على اللاتينيين أن يتركوا أبناءهم في مدنهم الأصلية . ولكن رغم ذلك استطاع هؤلاء التحايل على القانون وذلك بواسطة تغيير مواطنهم وترك أولادهم للرومان كي يستعبدوهم . وبهذا يحملون الجنسية الرومانية طبقا لقانون statut cinitatis de manumissor بينما اللاتينيون الذين لا يملكون أبناءا كانوا يتحايلون على القانون الروماني بواسطة التبني أو كان الرومان يتبنونهم . (2)

لذلك نلاحظ أن القضاء آنذاك اشترط في تحرير العبيد أن يؤدي السيد أي la manumissor اليمين على أن هذا التحرير لا ينطوي على غش في تغيير المدينة .

---

(1) Les latins devenaient les prêtes noms des ususiers.

— جوزيه غيدال ، المرجع السابق ، ص 15 .

(2) Les latins se faisaient adroger par un citoyen romain.

ان اللاتينيين كانوا يطلبون من الرومان ايجارهم أو ما يسمى بتبنيهم .

هو نوع من التبني أو ما يسمى بالايجار adroger quelqu'un عند العرب.

وهناك نصّان في قانون Lex Julia de adulterins يتعلّقان بالزّنـــا . ويحتويان على فكرة الغش . فطبقا لهذا القانون كانت الزوجة لا يمكن أن تحـــرر عبيد ها خلال الشهرين اللاحقين للطلاق ، ذلك لأنهم لو حرروا أثناء هـــذه الفترة ما استطاعوا أن يدلوا بشهادتهم ضدها . لأن الزوجة التي كانت تبتغـــي الحصول على الطلاق ، كثيرا ما كانت تلجأ الى عملية تحرير عبيدها حتى لا يشهدوا ضدها ، لذلك فكلما ثبتت الأدلة على سوء نيتها ، اعتبر تحرير العبيد كأن لـــم يكن ، وبالتالي فلا ينتج أى أثر .

وهناك نص آخر لبومبونيوس POMPONIUS يتعلّق بالحالة التالية : (1)

ان المرأة لا يمكن أن تلتزم في مواجهة الغير أى لا يمكن أن تكون مدينـة ، لذلك توكل رجلا للقيام بهذا التصرف لصالحها .

ولكن هل يمكن أن يمنح الدفع المترتب على التشريع الامبراطوري لهذا الوكيل .

انّ الصعوبة تنحصر في رأى بومبونيوس في أن الدفع المترتب على التشريـــع الامبراطوري ليس له محل آخر الاّ رفض دعوى الدائن ضد المرأة .

ولكن الفقهاء ميّزوا بين حالتين :

اذا كان الدائن الذى التزم مع وكيل المرأة قد استعمل هذه الوسيلـــة للتحايل على التشريع الامبراطوري حتى لا تلتزم المرأة بنفسها ، فكان يطبـــق عليه فكرة الغش . أما اذا كان هذا الدائن يجهل التحايل ، فما عليـه الاّ أن يلزم الوكيل بدفع الثمن لأنه كان يعلم بالغش وليس لهذا الأخير رفع دعوى ضـــد المرأة لأن التشريع الامبراطوري Senatus-consulte لا يسمح بذلك .

كل هذه الأمثلة تثبت لنا أن القانون الروماني لم يؤسس نظرية عامة للغـــش نحو القانون ، بل أورد كل حالة للغش على حدة ، أما الجزاء الذى كان يطبـــق فكان إما الحكم بغرامة أو بالنفي في حالات الزّنـا .

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 21 .

ولكننا نلاحظ أن القضاء في العهد الكلاسيكي قد تطور بعض الشيء، اذ أصبح يهتم أكثر فأكثر بحالات الغش .

ونشير الى أن الأستاذ جوزيه فيدال[1] يقول : " انه من المحتمل أن يكون الفقهاء الرومان قد توصلوا الى التمييز بين الغش وانتهاك القانون la violation de la loi ، لأن العنصر المعنوي قد تطور في عدالة la fraus legis حتى وان لم تصرح النصوص بلزوم توافر هذا العنصر ، فانه ذو أهمية كبيرة في هذا المجال . وبما أن الغش أصبح يحتوي على العنصر المعنوي ، فقد بدأ يبتعد شيئا فشيئا عن مخالفة القانون " .

وهناك نصان لبول وأولبيان PAUL et ULPIEN يحتويان على ما يلي :[2]

Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet in fraudem vero qui saluis uerbis legis sententia eius circumentit.

يخالف أو يخترق القانون كل من يقوم غشا بارتكاب ما يحرمه هذا القانون ، ويقع الغش نحو القانون حين نحيد عن غرض القانون مع احترام حرفية نصوصه .

Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noliut fieri autem non uetuit, id fit: et quod distat fraus ab eo-quod contra legem fit.

فالغش يقع دائما في التصرفات التي لا يبين القانون الغرض منها ، رغم أنه لا يمنعها ، وهذا هو الذى يميّز الغش نحو القانون عن مخالفة القانون .

اذن فالغش يتكون من الهروب من غرض القانون مع احترام حرفية نصوصه ، وبما أن القانون يطبق حسب معناه والغرض منه ، وليس حسب حرفية نصوصه ، فالغش اذن ليس الاّ نوعا أو حالة من حالات مخالفة القانون .

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 24 .
(2) هنري ديبوا ، المرجع السابق ، ص 72 .

2 — La fraus patroni uel creditorium :

طبقت على هذا النوع من الغش جزاءات عامة ، فمثلا التصرفات التي يقوم بها الدائن لافقاره بقصد الاضرار بالدائن ، تدخل القانون لمنعها واشترط شرطين لايقاع الجزاء عليها ، الأول وقوع ضرر للدائن ، والثاني نية الاضرار به (1) .

وكما نعلم ، فان الشرط المعنوى قد ظهر في العهد الكلاسيكي ، اذ يبدو واضحا من خلال نصوص القانون الروماني مثل :

Fraudan darcum credidorun, Freudandarum cause, Consilium frandis, Animums fraudandi.

هذه النصوص تقرر بأن العنصر المعنوى يكون واضحا ، حين يكون المدين قد قام بالتصرف وهو يعلم بأنه سيؤدى الى اعساره أو يزيد في اعساره ، وكانت الوسيلة الوحيدة التي تقبل لدى القضاء بقصد ابطال هذه التصرفات هـــــــي : L'integrum restitutio ob fraudem .

أما التصرفات التي تمت بطريق الغش من المدين فكان يمكن ابطالها طبقا لدعوى In factum (2) .

وقد اختلف الفقهاء حول أصل هذه الدعوى واسمها ، ولكن الشيء المؤكد هو أن دعوى الابطال طغت على جميع الدعاوى الأخرى ، كما أن دعـــــوى in factum ما هي الا الدعوى البولصية المقررة في المادة 1167 من القانون المدني الفرنسي ، وقد كان يشترط شرطان لرفع دعوى الابطال ، وهما حدوث الضرر ونية احداثه ، التي يتمثل في العلم بوضع الدائنين وبالتصرف الـــذى سيؤدى الى اعسار المدين .

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 27 .

(2) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 29 .

ثانيا — في القرون الوسطى :

في القرون الوسطى ، بقي الغش نحو القانون حتى القرن الثالث عشر كنظرية غير مستقلة عن نظرية الصّورية ونظرية مخالفة القانون ، ولكن في القرن الرابع عشر تطور مفهوم هذه النظرية على يد الفقيه سينوس دا بيستويا Cinus de Pistoie الذى كان أستاذا للفقيه بارتسول ، فاقترح ابطال كل تصرف يقصد به غش نحو قانون مستقبل [1] . وأعطى مثالا على ذلك موظفا بحكم وظيفته ، يحلم بصدور قانون جديد عن قريب يحدد رسوم الحبوب ، فينتهز فرصة للمضاربة قبل صدور هذا القانون .

ويرجع الفضل للفقيه بارتسول وأتباعه les Bartoliotes في تطوير نظرية الغش ، اذ ميّزوا بين الغش والصورية ، فالعمل الصوري عمل غير حقيقي ، فمثلا البيع الصوري لا يعتبر بيعا ، وهو باطل بقوة القانون ، في حين أن التصرف المعيب بالغش تصرف حقيقي يمكن أن يتعرض للابطال ، ثم وضع بارتسول وتلاميذه الفقيه بالد تصنيفا لأنواع الغش ، كما أكّد بالد بأنّ الغش هو عمل غير حقيقي لا يمكن أن يرتّب أى أثر .

وفي القرن الرابع عشر ، أبرز الفقيه كوجاس CUJAS عناصر الغش ، فالغش في نظره يحتوى على عنصرين : الأول نية الغش ، والثاني النتيجة غير المشروعة وبها تميّزت نظرية الغش عن نظرية الصّورية بعنصريها نية الغش والنتيجة غير المشروعة .

ثالثا — في القانون الكنسي :

عرف القانون الكنسي هو الآخر فكرة الغش ، فقد كان بعض الأشخاص يسعون الى تجنب المحاكم غير الدينية ، لأنهم لا يدينون بأى دين les seculiers ، فاذا اقترفوا بعض الجرائم حاولوا القيام ببعض الشعائر الدينية وارتدوا ملابس

---

(1) هنرى ديبوا ، المرجع السابق ، ص 74.

رجال الدين ، حتى يتمكنوا من الخضوع للمحاكم الدينية أى الكنسية . (1)

كما عرف القانون الكنسي فكرة الغش بواسطة تغيير الموطن ، اذ كان الأفراد الذين يريدون ألا يخضعوا في عقد زواجهم الى الشعائر الدينية يلتجئون الى تغيير موطنهم للتهرب من هذه الشعائر ، لكن الكنيسة المسيحية كانت تبطل عقد الزواج كلما كشفت الغرض الذى رمى اليه الأطراف ، وبنت حكمها على أساس الغش .

رابعا — في القانون الفرنسي القديم :

كان الموطن في القانون الفرنسي القديم هو الذى تسند اليه حالة الأشخاص وأهليتهم ، ونظم الزواج المالية ، وكثيرا ما كانت تحدث حالات شبيهة بالغش ، وقد ذكر الفقهاء كثيرا من هذه الحالات مثال ذلك (2) : أن يريد شخصان الزواج ويكونا مقيمين بنورمانديا Normandie وقانونها يعتبر النظام المالي للزواج هو نظام (الدوطة) لا نظام الاشتراك المالي بين الزوجين ، فينتقل هذان الزوجان المستقبلان الى باريس التي كان العرف فيها يعتبر نظام الاشتراك المالي بين الزوجين هو النظام القانوني ، فيعقدان قرانهما هناك ، ثم يعودان الى موطنهما الأصلي وهو نورمانديا .

ويقول الفقيه فرولاند FROLAND : عند المداولة في محاضرة المحامين الموجودة بباريس : " ان البعض من الفقهاء أقرّ صحة مثل هذا العقد ، ولكن الغالبية منهم رفضت الاعتراف به لأن المجيء الى باريس كان الغرض منه الغش نحو قانون الموطن . "

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 39 — 41.

(2) Niboyet, Traité de droit international privé français, Conflits des lois d'autorité et de juridictions, tome III, Librairie des recueil Sirey 1944, pp. 652-653 N° 1088.

ويستطرد فرولاند فيقول : " انّ هذين الزوجين قد تمرّدا على قانون موطنهما ، فأقل جزاء يمكن أن نطبقه عليهما هو بطلان كل تصرف قاما به ".

بينما يذكر الفقيه بوللنوا BOULLENOIS فيما يتعلق بالزوجين اللذين يغيّران موطنهما ، انّه لا يمكن تطبيق قانون الموطن الجديد أو الموقع الجديد للأموال الاّ اذا انتفى وجود الغش من هذه العملية . وفيما يخص الوصاية كانت هي الأخرى تخضع لقانون موطن الوصي ، فكان يحدث أن ينتقل الوصي من مكان الى آخر ، أي يغير موطنه حتى يتمكن من الهروب من الأحكام الشرعية التي يجب أن تطبق على الوصاية ، وذلك إضرارا بالقاصر ، كأن يقوم بإنهاء الوصاية قبل الوقت المحدّد لها .(1)

كل هذه الحالات تؤكد لنا أن فقهاء القانون الفرنسي القديم لم تغب عن أذهانهم فكرة الغش ، اذ عرفوا حالات متعددة لهذه الفكرة . وهذا ما سوف نستظهره من خلال القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي بعد صدور التقنين المدني في سنة 1804 .

فقبل سنة 1884 كان القانون الفرنسي لا يبيح الطلاق ، لذلك كثيرا ما كان الأفراد يلجأون الى التجنس بجنسية أجنبية للحصول على الطلاق ، وأول قضية طرحت على القضاء الفرنسي هي :

1 — قضية بلاس و شوبّين Place et Choppin في 16 ديسمبر 1845 :

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصا فرنسيا متزوجا بفرنسية منذ عشرين سنة ، صدر حكم ضدّه بالتفريق الجسماني بسبب أخطاء نسبت اليه ، فـ أقام بسويسرا مع خليلته وحصل على الجنسية السويسرية بمدينة بـال Bâle ، ثم طلب

---

(1) ليوابيه ، المرجع السابق ، ص 653 بند 1038 .
(Il en sera dans le pouvoir d'un tuteur de se décharger de la tutelle avant le temps, si ce n'est que dans ce cas on ne jugeait necessaire d'examiner s'il n'y a pas de fraude).

الطلاق من زوجته الفرنسية ، وتزوج من خليلته ، وبعد ها عاد الى فرنسا ، ثم توفيت زوجته الثانية ، واذا به يرجع للمرة الثانية الى سويسرا لعقد قرانه للمرة الثالثة ، ثم يعود الى فرنسا ليقيم فيها بصفة دائمة .

كل هذه الوقائع تثبت أن هذا الشخص لم يكن في نيته الاّ التحايل على القانون الفرنسي بقصد الحصول على الطلاق ، والدليل على ذلك أنّه كلما حصل على الطلاق عاد الى فرنسا .

2 — قضية L'affaire R. [1] في 19 جويليه 1875 :

تتلخص هذه القضية فيما يلي :

في سنة 1872 ، عقد شخص زواجه بفرنسا ، ثم غادرها تاركا زوجته ، فطلبت هذه الأخيرة التفريق الجسماني في 30 سبتمبر 1873 ، ولكن زوجها دفع بعدم اختصاص المحكمة الفرنسية على أساس أنه يتمتع من مساى سنة 1873 بجلسية جديدة ، وهي الجنسية السويسرية ، وبالتالي فهو يخضع للمحاكم السويسرية وليست الفرنسية ، غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت في 19 جويليه 1875 دفعه لأن اعتناقه الجنسية السويسرية كان مبنيا على الغش وقررت أن تجنّسه لا يمكن الاحتجاج به على زوجته .

3 — قضية بوفرومانت BAUFFREMONT :

ان فكرة الغش لم تتبلور كنظرية عامة الاّ بعد منتصف القرن التاسع عشر ، ويرجع السبب في ذلك الى هذه القضية الشهيرة التي تتلخص وقائعها فيما يلي :

ان الكونتيسة كرمان شيماى Caraman-Chimay البلجيكية الأصل ، تزوجت بأحد الضباط الفرنسيين ، وهو الأمير دى بوفرومانت De Bauffremont ،

(1) نبواييه ، المرجع السابق ، ص 649 بند 1087.

فأصبحت فرنسية بالزواج . وفي أوت 1374 حدث بينها وبين زوجها انفصال جسماني وأرادت الزوجة الطلاق ، لم تتمكن من ذلك ، اذ كما نعلم لم يكن القانون الفرنسي آنذاك يبيح الطلاق ، فذهبت الأميرة الى ألمانيا وتجنّست بإحدى الامارات هناك ، وهي دوقية ساكس التمبرج duché de saxe altembourg بدون أن تخبر زوجها ، وفي 24 أكتوبر سنة 1375 ، حصلت على التطليق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة ، وذهبت إثرها الى برلين حيث تزوجت هناك بأمير روماني يدعى بيبسكو Bibesco فرفع زوجها الأول دعوى أمام محكمة السّين Seine يطالب فيها باعتبار التطليق كأن لم يكن وبالتالي ببطلان الزواج المترتب عليه ، فاستجابت المحكمة لطلبه ، وأيدتها في ذلك محكمة باريس في حكم لها في 17 جويليه 1376 مؤكّدة على الطابع الآمر لأحكام القانون الفرنسي في مواد الزواج ، وبأن الأميرة لا زالت تحتفظ بجنسيتها الفرنسية ، لأن الجنسية الجديدة التي حصلت عليها تمت بدون أذن زوجها ، وبالتالي يبطل زواجها الثاني [1] ، ولكن لما طعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض رفضت هذه الأخيرة الطعن واستندت في ذلك الى حجتين :

— الحجّة الأولى :

أنّ الزوجين لا يمكنهما تجنب الخضوع الى أحكام القانون الفرنسي حتى لو كان ذلك برضائهما ، لأن القانون الفرنسي هو وحده الذى يقرر ما اذا كانت رابطة الزواج قابلة للانحلال أو لا .

---

(1) François Rigaux, Precis de la faculté de droit de l'université de LOUVAIN, Droit international privé, Maison Ferdinand Larcier, 1968, p. 267 N° 194.

ويلاحظ بالنسبة الى هذه الحجّة ، أنّ محكمة النقض الفرنسية لم تتعرض اطلاقا لفكرة الغش ، بل كلّ ما فعلته هو أنّها أسندت حكمها للجزاء المباشر عند مخالفة القواعد الآمرة في القانون الفرنسي . ولهذا تساءل الفقهاء عن هذه الحجّة ، أيكون تجنس الأميرة نافذا ومقبولا ؟

اذا قلنا بذلك يجب أن تخضع كل تصرفاتها لقانون جنسيتها الجديد ، وهو القانون الألماني ، واذا رفضنا تجنّسها فيجب تطبيق الجزاء عليها ، ولكن لا يجوز أن تفقد الأميرة دى بوفرومانت جنسيتها الفرنسية ، وتبقى خاضعة لأحكام القانون الفرنسي التي تقضي بعدم انحلال رابطة الزواج . لذلك اضطرت محكمة النقض الى اللّجوء الى حجّة ثانية تسند حكمها اليها ، ولم تكن هذه الحجّة الاّ فكرة الغش ، ولذلك ذكرت محكمة النقض أنّ المدّعية قد حصلت على الجنسية الجديدة لا لكي تتمتع بالحقوق وتخضع للواجبات الناشئة عن هذه الجنسية(1) . وانما كان غرضها من ذلك هو الحصول على الطلاق الذى لم يكن يبيحه القانون الفرنسي ، وبذلك حاولت التهرب من أحكامه عن طريق استعمال هذه الوسيلة ، وبالتالي فعملية كهذه تعتبر غشا نحو القانون الفرنسي .

وهكذا قررت محكمة النقض عدم الاحتجاج بهذه الجنسية على الأميرة دى بوفرومانت زوجها الأول ، وبأن جنسيتها الجديدة لا يمكن أن يكون لها أى أثر في فرنسا لأنها كانت قائمة على الغش .

(1) Jacques MAURY, l'éviction de la loi normalement competente, l'ordre public et le fraude à la loi, Valladolid, 1952, p. 154.

وبهذا كانت الحجة الثانية أكثر ملاءمة مع هذا الحكم وهذه الوضعية ، وان كان هذا الحكم قد أثار نقاشا حادا في الأوساط القانونية ، فأخذ بعض الفقهاء يهاجمون فكرة الغش التي جاءت بها محكمة النقض واستندوا في ذلك الى الحجج التالية :(1)

1 — يتحقق الغش نحو القانون عندما يراد فيه تغيير ظروف الاسناد لنقل الاختصاص من قانون الى قانون آخر ، ولا يتحقق الغش اذا كان تغيير ظروف الاسناد تصرفا مقصودا بحد ذاته ولم يكن انتقال الاختصاص من قانون الى آخر الا نتيجة له ؛ والقول بوجود غش نحو القانون يستلزم بحث نية فاعله للتأكد من وجود الغش ؛ وتواجه هذا البحث عقبات صعبة لأن النية مسألة داخلية وجدانية تستوجب معرفتها تحري ما في الضمائر . وعمل كهذا أن لم يكن مستحيلا فهو ليس بالهين اليسير ، أضف الى ذلك أن أمر تقدير نية الغش لا يخلو من خطر كبير ، اذ قد يسيء القاضي استعمال سلطته أو قد يخطيء في استخلاص هذه النية ؛

لذلك عارض البعض هذه النظرية ورأوا عدم الأخذ بها كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي ودعوا الى الاكتفاء بالمظاهر الخارجية والاعتماد عليها ، والمظاهر الخارجية للتصرف لا تدل على الغش ، والأصل في الانسان حسن النية .

2 — لو سلّم جدلا بأن اكتشاف نية الغش سهل وميسور ، فان هذا بحد ذاته لا يبرر الأخذ بنظرية الغش نحو القانون ، ذلك لأن نية الغش قد تتوفر لدى أحد أطراف العلاقة دون الطرف الآخر ، وابطال الاختصاص القانوني ونقله لقانون آخر ، أخذا بنظرية الغش ، سيؤدي الى الاضرار بالطرف حسن النية ، وهذا ما يتنافى مع العدالة .

---

(1) الهداوي حسن ، المرجع السابق ، ص 122 — 123 .

3 — ان المشرع قد أخضع تصرف من تتحقق فيه ظروف معينة (جنسية ، موطن ... الخ) لاختصاص قانون معين وسمح له في الوقت ذاته بأن يغير هذه الظروف ، وعليه فان من يغير ظروف الاسناد بغية اخضاع تصرفه لقانون ما ، لا يكون تصرفه بحد ذاته جريمة ، وانما هو استعمال لحق منحه القانون . ومادام القانون يعطيه هذا الحق ، فلم يبق ما يدعو لمؤاخذته على تصرفه بحجة الغش نحو القانون .

ورغم الحجج السالفة الذكر ، فان مؤيدى النظرية رأوا بما يلي :

1 — حقا ان الكشف عن نية الغش ليس أمرا ميسورا في جميع الأحوال ، ومع ذلك فلا يصح أن ننكر على القضاء حقه في استظهار نية الغش من خلال الوقائع المطروحة أمامه ، أو نمنعه من اهدار أثر الغش رغم قيام الدليل عليه .

ويبدو أن الاتجاه الذى عارض نظرية الغش قد تأثر بالأفكار الفردية العتيقة التي سادت في القرن التاسع عشر والتي قالت أن مجال القانون ينحصر في اطار المظاهر الخارجية ، وأن البحث عن النوايا والبواعث أمر يتعلق بالأخلاق ، ولا شأن له بالقاعدة القانونية ، وعلى هذا النحو يتخلف الاتجاه السابق عن ملاحقة التطورات الفقهية الحديثة . (1)

2 — ان عدم الأخذ بنية الغش نحو القانون يعتبر حسب قول والتر فيليمون في مؤتمر جمعية القانون الدولي الذى عقد في جلاسكو سنة 1901 ، امتيازا للأغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد الى آخر لاجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين أقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الاسناد .

---

(1) هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 344 بند 92 .

3 — ويرد على الحجة القائلة بأن القانون ذاته قد أجاز لمن تتوفر له ظروف معينة (جنسية ، موطن . . . الخ) أن يجرى تصرفا قانونيا يخضع لقانون معين ، ومنح هذا الحق ما أعطى إلا للضرورة التي يوجد فيها الشخص في مثل تلك الظروف ، ومثل هذه الضرورة منتفية بالنسبة الى من يغيرون جنسياتهم أو موطنهم بقصد التخلص من القوانين الآمرة أو الناهية ، وهؤلاء باستعمالهم حق تغيير ظروف الاسناد يستخدمون وسيلة مشروعة بقصد الوصول بها الى غاية مشروعة . (1)

وبناء على ما تقدم ، فقد ساد رأى أنصار هذه النظرية على رأى معارضيها ، وأقرتها المؤتمرات الدولية ، وأخذت بها المحاكم في دول كثيرة ، وهكذا أصبحت هذه النظرية مقررة في العرف الدولي .

ومما تجدر الاشارة اليه ، أن القانون المدني الجزائرى ، ككل القوانين العربية ، لم يورد نصا في قواعد التنازع ، يتعلق بالغش نحو القانون . ولكن مما لا شك فيه ، أن قضاءنا يطبق هذه النظرية ، لا على أساس نص وانما على أساس القاعدة التقليدية التي تقضي بأن : الغش يفسد كل شيء .

* * *

(1) الهداوى حسن ، المرجع السابق ، ص 124 — 125 .

المطلب الثاني

الشروط الواجب توافرها في الغش

أولا — الشروط المتفق عليها :

اتفق الفقهاء على ضرورة توافر شرطين للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون ، في حين أضاف البعض الآخر شروطا أخرى . أما الشرطان المتفق عليهما فهما :

1 — تغيير ضابط الاسناد :

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الغاش أو صاحب المصلحة بتغيير ضابط الاسناد الذى يتحدد به القانون الواجب التطبيق، وهذا لا يمكن أن يتحقق الا في الحالات التي يكون فيها ضابط الاسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل ارادة الأفراد في تغييرها ، والمثل التقليدى لذلك هو تغيير الجنسية أو تغيير الموطن ، ويعد هذا الأخير من الضوابط السهلة التغيير ، وبذلك يتغير قانون الأحوال الشخصية .

ويسمى هذا الشرط بالشرط المادى لأنه يقوم على اجراء ظاهر من قبل الغاش سواء أكان الاجراء ماديا كتغيير مكان ابرام العقد ، أم اجراءا قانونيا كتغيير الجنسية . (1)

ويرى بعض الفقهاء أن هذا الشرط قد يتحقق كذلك بتغيير الديانة ، بالنسبة للدول التي تسند الأحوال الشخصية الى الدين ، اذ قد يحدث أن يغيّر شخص دينه بقصد التخلص من أحكام شديدة فيه الى أحكام أيسر في الدين

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 160 بند 152.

الجديد ، ومن ذلك أن محكمة التنازع السورية رفضت في 12 جـ . وان 1925 لمسيحي أسلم ، الاعتراف له بحق وقف تنفيذ حكم كان قد صدر ضده يجبره على تسديد نفقة لزوجته ، وبنت حكمها على أن تغيير الدين كان الهدف منه التخلص من دفع النفقة. (1)

في حين أن محكمة النقض المصرية قد استقرت على أن اعتناق الاسلام ينتج أثره كاملا ، ويتمتع الشخص الذى غيّر دينه الى الاسلام بكل حقوق المسلم دون أن يمكن الاحتجاج عليه بفكرة التحايل أو الغش نحو القانون ، واستشهدت بأن من أصول الاسلام عدم جواز الشك في نية من أعلن اسلامه ، وعدم جواز البحث عن بواعث اسلامه خصوصا وأن في الفقه الاسلامي قاعدة شهيرة تقرر أن: " للشرع الظاهر والله يتولى السرائر " . وقد استشهدت كذلك بقوله تعالى : " ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلام لست مؤمنا " . وبالحديث الشريف الذى أنّب شخصا تشكك في صدق عقيدة آخر بقوله : " هل شققت قلبه ؟ " .

ومن الناحية القانونية ، شبّهت المحكمة تغيير الدين بتغيير الجنسية ، وقالت ان من حق دولة الجنسية الجديدة أن ترتّب على دخول الشخص فيها تمتعه بكل حقوق الوطنيين دون أن يحتج عليه بأحكام الجنسية القديمة ، وبعبارة أخرى يمكن القول بأن تغيير الدين الى الاسلام ، أيا كانت بواعثه يعتبر " لجوءا قانونيا " يخضع لقانون القاضي (أى القانون الوطني) فيستطيع هذا القاضي الاعتداد به . (2)

---

(1) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 429 بند 371 .

(2) أحمد مسلم ، موجز القانون الدولي الخاص المقارن (في مصر ولبنان) ، دار النهضة للطباعة ، نشر ببيروت 1966 ، ص 202 بند 161 .

هذا ويجمع الفقهاء ومنهم نيبوابيه على أنه يشترط لتوافر العنصر المادي في الغش أن تكون الوسيلة التي لجأ اليها الغاش في تغيير ضابط الاسناد وسيلة مشروعة ، ولكن نيّة صاحبها سيئة . فلو كانت هذه الوسيلة غير مشروعة من الناحية القانونية أو كان تغييرا صوريا فقط ، فلن تكون ثمة حاجة الى أعمال الدفع بالغش نحو القانون لأن الغش لا يمكن إعماله إلّا اذا تعذر الحصول على جزاء آخر ، أي أنه وسيلة احتياطية ، بينما الوسيلة غير المشروعة لها جزاؤها الخاص في القانون ، فيكفي فقط اثبات عدم صحة هذه الوسيلة التي لجأ اليها الغاش أو صورية هذه الوسيلة .

فلو فرضنا أن مواطنا فرنسيا قاصرا أراد أن يبرم عقد زواج . وقد كان القانون الفرنسي قبل 1907 يخضع هذا العقد للموافقة الأبوية ، في هذه الحالة لا يجوز اعمال الدفع بالغش نحو القانون بالرغم من أن تصرف القاصر ينطوي على التحايل ، وذلك لأنه يكفي لابطال عقد الزواج تطبيق الجزاء المقرر لمخالفة الشروط الموضوعية في القانون الفرنسي بالنسبة الى موضوع الزواج ، ومنها تخلف شرط الموافقة الأبوية . كما أن القضاء الفرنسي قرّر أن كل من ينشيء شركة صورية يكون مركزها خارج فرنسا يعتبر أنه خالف القانون مخالفة مباشرة ، وبالتالي يطبق عليه الجزاء المتعلق بتأسيس الشركات في القانون الفرنسي ، ولا يلجأ الى فكرة الغش طالما أن هناك جزاءا آخر .

لذلك يقول نيبوابيه ولويس لوكا انّ الغش له دور احتياطي (1) يتمثل في أنه عندما يتعذر ابطال التصرف طبقا لأي قاعدة قانونية يلجأ الى فكرة الغش نحو القانون ، فهو عبارة عن علاج أخير remedium ultimum .

---

(1) نيبوابيه ، المرجع السابق ، ص 517 بند 539 .

— وأنظر أيضا : لويس لوكا ، المرجع السابق ، ص 4 بند 6 .

ويشبّه نيبوايه ولوكسا الدفع بالغش نحو القانون بالدفع بالاثراء بلا سبب ، على أساس أن دعوى الاثراء بلا سبب l'action de im rem verso دعوى احتياطية subsidiaire لا تقوم الا حين لا يمكن التمسك بدعوى أخرى لتجابه الضرر الذي لا مفر منه ، والذي سوف يحدث لا محالة لو لم تستعمل دعوى الاثراء بلا سبب ، فلو وجدت أية دعوى أخرى استبعدت دعوى الاثراء بلا سبب التي تعتبر دعوى احتياطية (1) ، فكذلك الدفع بالغش نحو القانون هو دفع احتياطي يصلح للنتيجة غير المشروعة عند تعذر وجود جزاء آخر لهذه النتيجة .

٤ — نيّة الغش :

كذلك يشترط لقيام فكرة الغش أن تتوفر فيه نيّة التحايل والغش نحو القانون ، وهذا هو العنصر المعنوي ، ويقصد بنية التحايل ، التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ، اذ لو انتفت هذه النية لكان الاجراء الذي قام به الغاش سليما لا سبيل الى ابطاله .

ونشير الى أن صعوبة تقصي هذه النية هي التي دفعت البعض مثل كانت KANT وليجوروبولو الى عدم التسليم بهذه النظرية ، ونقدها على أساس أن اشتراط وجود نية الغش يلزم القاضي بالبحث في مسائل باطنية لا سبيل الى التحقق منها ، اذ كيف يمكن الكشف عن النوايا الداخلية للشخص ، ومعرفة ما اذا كان الباعث الحافز أو الغرض الوحيد الذي قصد اليه الشخص بتغيير جنسيته مثلا هو التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا أو لا ؟

---

(1) تجدر الملاحظة بأن دعوى الاثراء بلا سبب دعوى أصلية في الرأي السائد في الفقه المصري .

لذلك ذهب هذا الرأى الى عدم وجوب التقيد بشرط وجود النيّة ، وامكان اعتبار الغش أو التحايل متوافرا دون حاجة الى البحث عن النيّة ، ومن الأمثلة التي يضربونها على ذلك قيام وطنيين بالسياحة في دولة أجنبية ، وخلال اقامتهما بهذه الدولة ، يقوم أحدهما باجراء هبة للآخر دون أن يكون هناك سبب واضح لاجراء الهبة في هذه الدولة الأجنبية بالذات [1]. وبالتالي يمكن استخلاص وجود الغش من هذه العملية بدون الالتجاء الى البحث عن النية في هذا التصرف .

والواقع هو أن فكرة تقصي النية موجودة في كل فروع القانون ، لاسيما في القانون المدني الذى يعرف الخطأ والتدليس وعدم مشروعية السبب وجميع العناصر المعنوية [2] . كما أن اقامة الدليل على سوء النية قد أصبح اليوم أمرا ميسورا للقضاء بعد أن حنكته التجارب في ميدان التعسف في استعمال الحق ، والغش في الدعوى البولصية في القانون المدني ، واساءة استعمال السلطة في القانون الادارى ، والعمد وغير العمد في القانون الجنائي ، كما أن هناك أحوالا تكون فيها نية الغش واضحة جلية ، لا تحتاج الى دليل ، مثل تغيير مدام أو السيدة دى بوفرومانت لجنسيتها ، فقد كان سوء نيتها صارخا الى درجة أنها عجزت عن أن تقدم للقضاء سببا غير البحث عن المدنيّة الحقيقية . [3]

ومن القرائن التي يمكن القاضي أن يستخلص منها نية الغش : [4]

---

(1) جاك مورى ، المرجع السابق ، ص 155 .
(2) بيير مايير ، المرجع السابق ، ص 143 .
(3) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 171 .
(4) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 163 بند 151 .

1 — التلازم الزمني بين الاجرامين : المادي ، أي تغيير ضابط الاسناد ، وبين القيام بالتصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد ، كما لو تجنّس شخص بجنسية جديدة ، وقام فور تجنّسه بالحصول على التطليق الذى لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به .

2 — ومن أهم القرائن التي تفيد قيام نية الغش أن يكون القانون الذي يؤدى تغيير ضابط الاسناد الى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم اليها لأغراض اقتصادية ، فمن المعلوم مثلا أن بعض التشريعات كتشريع ولاية نيفادا Nevada ، بالولايات المتحدة الأمريكية ، وكالتشريع المكسيكي ، يسمح بالتطليق لأى سبب من الأسباب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح بذلك ، وبغض النظر عن كون طالب التطليق مقيما باقليم هذه الدولة ، ثم يذهب اليها الناس خصيصا للحصول على التطليق ، وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة ، فاذا ما قام الأفراد بتغيير ضابط الاسناد ، كما لو غيّروا موطنهم ، للتوصل الى تطبيق مثل هذه القوانين ، فانه يستفاد من ذلك توافر قصد الغش دون حاجة الى البحث عن النوايا .

وكما رأينا سابقا من أن القاضي لا يجوز له أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه الاّ اذا تمسك أطراف العلاقة بتطبيقه ، في هذه الحالة قد يعمد الأطراف الى السكوت وعدم اثارة تطبيق القانون الأجنبي حتى يتسنى لهم الحصول على مركز يكون محظورا في القانون الأجنبي كالطلاق مثلا ، فيتحقق الغش نحو القانون لمجرد السكوت عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني .(1)

---

(1) محمّد اسعد ، المرجع السابق ، ص 206 .

وأخيرا نشير الى أنه في مجال العلاقات التعاقدية ، يجب أن يشمل سوء النية جميع الأطراف المتعاقدة حتى يتسنى الدفع بالغش نحو القانون ، وذلك قياسا على العقد الذى يكون سببه غير مشروع . فلكي يتسنى ابطاله يجب أن يكون السبب الذى دفع جميع أطراف العقد غير مشروع ولا يجوز أن يقتصر عدم مشروعية السبب على طرف دون الآخر.(1)

ثانيا ـ الشروط غير المتفق عليها :

أضاف الفقهاء شروطا مختلفة بجانب الشرطين السابقين ، وأهم هذه الشروط هي :

1 ـ يشترط أن يكون الغش موجها نحو قاعدة آمرة :

يتجه جانب من الفقه ، ومنهم الأستاذ جوزيه فيدال(2) الى قصر الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من القاعدة الآمرة ، لأن القاعدة المكملة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها ، ذلك لأن المشرع قد خول للأفراد حرية الخروج عليها .

ولكن غالبية الفقه ترى أن العبرة هي بالغرض الذى يهدف اليه الأفراد من وراء تصرفهم ، اذ من الممكن أن ينحرف الأفراد عن الهدف الذى توخاه المشرع من وراء القاعدة ، سواء كانت آمرة أو اختيارية .

ففي مجال العقود الدولية مثلا ، حيث يتمتع الأفراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يحق للأفراد مع ذلك الخروج بالرخصة التي خولهم اياها المشرع عن هدفها وهو تيسير المعاملات الدولية ، فلا يجوز

---

(1) نيبواييه ، المرجع السابق ، ص 516 بند 537 .
(2) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 79 .

للأفراد تحويل عقد وطني في جميع عناصره الى عقد دولي باختلاف العنصر الأجنبي فيه ، وذلك بقصد اخضاعه الى قانون غير القانون الوطني المختص أصلا بحكم العقد ، كما لا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار التي خولهم اياها المشرع في مجال العقد الدولي للتوصل الى اخضاع العقد الى قانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة ولا تربطه بالعقد أية صلة وذلك تحقيقا لمصلحة ذاتية للمتعاقدين . (1)

وكذلك نستخلص أن الغش قد يكون في أحكام القواعد المكملة ، بل ان هذه القواعد يسهل حدوث الغش فيها ، لأن المتعاقدين لهما مسبقا حرية مخالفتها ، وقد يحدث الغش اذا تعذر الاتفاق بين المتعاقدين حيث لا يكون أمام المتعاقد الذى يريد الافلات من حكم القاعدة المكملة سوى التحايل بتغيير ضابط الاسناد ما دام هذا التغيير ممكنا ، كأن يغير موقع المنقول للتهرب من أحكام قانون الموقع الأول ، اذا كان هذا الأخير لا يتفق مع مصالحه فيما يتعلق بترتيب الأثر العيني ، فقد يعمد البائع مثلا الى نقل المبيع الى دولة لا يرتب قانونها على عقد بيع المنقول في ذاته أى أثر عيني ، بل يستلزم التسليم كشرط لانتقال الملكية الى المشترى فيهدف البائع من وراء ذلك الى انكار الحق العيني الذى يرتبه قانون الموقع الأول للمشترى على المبيع ، وهو الحق الذى ما كان يمكن تعليقه على شرط التسليم بغير اتفاق المتعاقدين . (2)

---

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ص 164 بند 151 .

(2) لويس لوكسا ، المرجع السابق ، ص 12 .

ومن هنا تبدو أهمية إعمال نظرية الغش نحو القواعد المكملة في قانون الموقع الأول .

ويضيف الفقه الحديث أنه لا يكتفى بتطبيق الغش نحو القانون على القواعد المكملة فقط ، بل قد يحدث الغش أيضا بالنسبة الى القوانين المستقبلة ، ونحن نعلم أن هذه الأخيرة ليست لها قوة ملزمة باستثناء حالة رجعيتها على الحالات السابقة ، وقد أكدت المحاكم عدم صحة التصرفات الهادفة الى تجنب التزامات تعاقدية تكون نشأتها وشيكة الوقوع . (1)

كما أن محكمة النقض الفرنسية أفسحت المجال للدائنين لكي يطعنوا في التصرفات التي يقوم بها المدينون ، والتي تكون سابقة على نشوء الدين اذا كانت هذه التصرفات ضارة بحقوقهم . (2)

2 — <u>أن الغش نحو القانون يجب التمسك به فقط لصالح قانون القاضي :</u>

لقد استقر الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على قصر تطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التي يقوم بها الأفراد بقصد التهرب من قانون القاضي ، بمعنى أنه يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة هو القانون الوطني للقاضي المطروح أمامه النزاع ، أمّا اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي ، فلا مجال لقيام الدفع بالغش نحو القانون .

---

(1) " Les tribunaux ont eu maintes fois l'occasion d'affirmer l'inefficacité des actes accomplis dans le dessein d'eluder à l'avance une obligation contractuelle dont la naissance est simplement prevue.".

(2) جوزيه فيدال : المرجع السابق ، ص 71

وقد استند الفقه والقضاء في ذلك الى أن وظيفة القاضي في الدولـة هي كفالة تطبيق القانون الوطني ، ومنع الأفراد من مخالفته أو التهرب مـن أحكامه .

ولا يدخل في نطاق هذه الوظيفة منع الأفراد من التهرب من أحكـام القوانين الأجنبية والسهر على حراستها من تلاعب الأفراد ، كما أن القانـون الأجنبي لا يتمتع بالطابع الملزم بحيث يقع على عاتق القاضي واجب الدفاع عنه ، كما هي الحال بالنسبة الى قانونه .

ونلاحظ أن القضاء الفرنسي في 5 فبراير سنة 1959 لم يقبل التمسـك بالدفع بالغش نحو القانون الأجنبي ، وذلك إثر ادعاء بالغش من طـــرف ايطاليّة ، تجنّس زوجها بالجنسية الفرنسية ، وبها طلب التطليق طبقا لقانون جنسيته الجديدة ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ليس للمحاكم الفرنسية التدخل في أمر التجنس لأنه عمل اداري[1] acte administratif . لكن الغالبية من الفقه الفرنسي ، ومنهم الأستاذ باتيفـول ، ترى أن عدم تمسـك القضاء الفرنسي بالغش نحو القانون الأجنبي يعتبر عملا سائغا ، فاذا كان القضاء يقبل الغش الصادر ضدّ سيادة قانون أجنبي ، فينبغي على الأقل أن يرفض كل التصرفات الضارة بالتقاليد والآداب العامة التي تشترك فيها الأمم المتمدينة[2] ، لأن أساس نظرية الغش نحو القانون هو مصادرة الغش بكـل أشكاله . واذا كان القاضي غير ملزم بالسهر على حماية القوانين الأجنبية ضـدّ

---

(1) Juris classeur, Droit international privé, fasc. 735, p.3.
— وأنظر أيضا : باتيفول ، المرجع السابق ، ص431 — 432 بند 373.

(2) Il est permis de considérer que si les juges n'ont pas à venger l'atteinte à une autorité de la loi étrangère. Ils ont le droit de sanctionner les conduites contraires aux bonnes mœurs.

تحايلات الأفراد ، فانه مع ذلك ينبغي له توقيع الجزاء المناسب على جميع التصرفات المخالفة للأخلاق والعدالة .

وأخيرا نلاحظ أن القضاء الفرنسي قد أصبح بدوره الآن يقبل التمسك بالغش نحو القانون الأجنبي ، وأبرز دليل على ذلك أنه أبطل كل العقود التي تشتمل على الغش نحو القوانين الأجنبية وذلك في 7 مارس 1961 ، وفي قرار مانزر MUNZER في 7 جانفي 1964 أخضع اعطاء الأمر بتنفيذ الأحكام الأجنبية الى شرط أن تكون خالية من الغش نحو القانون .(1)

3 ـ يشترط الأستاذ نيبواييه للتمسك بالغش نحو القانون شرطا ثالثا ، وهو أن يترتب على الغش ضرر ، أى أن تحدث نتيجة غير مشروعة .

وأخيرا نشير الى أننا لا نتفق مع الأستاذ نيبواييه في اشتراطه عنصر الضرر في الغش ، ذلك لأننا لسنا في مجال القانون المدني الذى يوجب توافر الضرر لقيام المسؤولية ، كما أن الجزاء في القانون المدني هو جبر الضرر ، في حين أن جزاء الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص ليس الغرض منه جبر الضرر ، وانما مجازاة كل من يمس ويخل بهيبة قواعد التنازع وبقوتها الملزمة ، حتى لا نسمح للأفراد بالتلاعب بها حسب أهوائهم الشخصية ، ويمكنهم من تطبيق القوانين التي تتفق مع مصالحهم الشخصية لأننا لو اشترطنا توافر عنصر الضرر لتحذر علينا في كثير من الحالات تطبيق الجزاء على الأشخاص الذين يتحايلون على القانون .

* * *

---

(1) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 432 بند 373 .

المبحث الثاني

الآراء المختلفة في تأسيس نظرية الغش نحو القانون

في الواقع أنّ الغش في حد ذاته يفسد كل شيء ، وذلك تطبيقاً للقاعدة الرومانية " fraus omnia corrumpit " . ورغم اتفاق غالبية الفقهاء على تأييد نظرية الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص ، فانّهم اختلفوا حول الأساس القانوني الذى تقوم عليه هذه النظرية ، فهناك من الفقهاء من أرجعه الى فكرة النظام العام ، في حين أرجعه البعض الآخر الى نظرية التعسف في استعمال الحق ، وأرجعه بعضهم الى نظرية الصورية ، وهناك من أرجعه الى نظرية السبب غير المشروع ، بينما نفر آخر من الفقهاء اعتبر أن هذه النظرية قائمة بذاتها .

ونعرض في هذا المبحث لجميع هذه الآراء ، مخصصين لكل رأي مطلبا .

* * *

المطلب الأول

هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات نظرية الصورية ؟

انّ نفرا من الفقه يرى في نظرية الغش تطبيقا من تطبيقات نظرية الصّورية ، والصّورية هي عبارة عن عقد ظاهر ، وعقد مستتر يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين ، وعلى هذا فهي تفترض وجود عقد ظاهر يسمى بالعقد الصوري واتفاق مستتر يكون غرضه إمّا محو كل أثر للعقد الظاهر ، وإمّا تعديل بعض أحكامه .(1)

(1) أنور سلطان ، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونيين المصري واللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، 1980 ، ص 152 بند 146.

والصّورية نوعان : صورية مطلقة ، وهي ترد على العقد كلّه ، فيكـــون العقد الظّاهر كله صوريا ، ولا وجود له في الحقيقة ، مثال ذلك اذا أراد شخص أن يملح أمواله من أن ينفذ عليها دائنوه ، فيبيعها بيعا صوريا لآخر يتفق معه على ذلك ويكتبان في الوقت نفسه عقدا مستترا يذكران فيه أن البيع غير حقيقي ، ويقال لهذا العقد ورقة الضدّ la contre lettre . وفي هذه الحالـــة تشبه الدعوى التي يقيمها الدائنون ، ويقال لها دعوى الصّورية دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه .(1)

أما الصورة النسبية فتختلف عن الصّورية المطلقة في أن الأولى توجد علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين ، يقوم التصرف أو العقد الصّوري باخفاء جانب منها . وهذا الجانب يتناول امّا طبيعة العلاقة ، وهذه تدعى الصّورية بطريق التستر par voie de déguisement . مثال ذلك : البيع في صورة هبــة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة أو أن يتناول الجانب شروطهـــا أو أركانها . وهذه الصورية بطريق المضادة مثالها : أن يذكر في عقد بيع عــقار ثمن أقل من الثمن الحقيقي هروبا من دفع جانب من رسوم الشهر أو أن يتناول أشخاص أطرافها ، وهذه تسمى الصورية بطريق التسخيـــر par voie d'interposition de personnes كأن يتم التصرف لحساب شخص غـــير الشخص المذكور في العقد تحايلا على القانون الذى يحرم على بعض الأشخاص مباشرة بعض العقود أو التعامل في بعض الحقوق ، مثال ذلك : منع القضــاة من شراء الحقوق المتنازع عليها التي تدخل في اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون فيها وظائفهم .(2)

---

(1) عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، بغداد 1977 ، ص 121 بند 139 .
(2) أنور سلطان ، المرجع السابق ، ص 154 بند 151 .
ــ وأنظر أيضا : عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 122 بند 204 .

ويمكن أن تشتبه الصّورية بنظرية الغش نحو القانون من ناحية أنهما من عمل المتعاقدين ، ومن حيث الغرض الذى ترمي اليه كل واحدة منهما وهو التحايل على أحكام القانون .

ومن حيث الجزاء ، فالقاعدة العامة في الصّورية أنها ليست سببا لبطلان التصرف فيما بين المتعاقدين ، وانما يجب الاعتداد فقط بارادتهما الجديّة الحقيقية ، سواء كانت الصورية مطلقة أو كانت نسبية ، فاذا كانت الصّوريـــة مطلقة امتنع قيام التصرف القانوني لأن التصرف الصورى ليس الاّ تصرفا ظاهريا ، كما أنه لا يخفي في نفس الوقت تصرفا حقيقيا .

واذا كانت الصورية نسبية وجب استبعاد التصرف الظاهر واعمال الحقيقي بشرط أن يكون مستكملا لأركانه ولشروط صحته .

ويبدو الفرق بين نظرية الغش نحو القانون والصورية واضحـــــا ، ويتجلى فيما يلي :

1 ـــ انّ الصورية لا تعتبر وسيلة للتهرب من أحكام القانون ، بل تعتبر اخفاءا لمخالفة قانونية : بحيث تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي ، يستر عقدا باطلا حقيقيا وبمجرد سقوط الستار تظهر الحقيقة التي أراد المتعاقدان اخفاءها ، بينما في الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهـــــر حقيقي ولكن الغرض منه غير شرعي ، أى أن الارادة فيه ارادة حقيقيـــة لا تستر ارادة أخرى .

2 ـــ اذا أراد القاضي أن يبطل الصورية(1) فلا يستند الى نية الغش ، بـل عليه أن يفرّق بين الحقيقة والظاهر ، بينما في الغش نحو القانون تنصب

---

(1) هنرى ديبوا ، المرجع السابق ، ص 99 بند 10 .

فكرة النية دورا هاما ، اذ لا تختلف الحقيقة عن الظاهر بحيث أنّ الذى يمكننا من الاعتراض على التصرف المشوب بالغش هو الاستناد الى نية الغش التي دفعت الأطراف الى الالتجاء الى هذه الوسيلة .

3 — انّ قيام الصورية ينفي وجود فكرة الغش ، اذ لا تقوم هذه الأخيرة الّا اذا تعذّر اللجوء الى وسيلة أخرى لتطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة ، فيكفي ابعاد الحيلة fiction واظهار الحقيقة لتطبيق الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية التي أراد الأفراد اخفاءها ، وبالتالي فلا فائدة من اللجوء الى فكرة الغش . (1)

4 — ويختلف جزاء الغش عن جزاء الصّورية ، حيث لا يعتبر جزاءاً واحداً ، اذ أن جزاء الغش نحو القانون ينحصر في عدم الاحتجاج بالنتيجة المشوبة بالغش ، في حين أن الجزاء في نظرية الصورية هو أن التصرف الصورى يعتبر عديم الوجود بين المتعاقدين ، ولا ينتج أى أثر ، بينما التصرف الحقيقي الذى أراد الأطراف اخفاءه يطبق عليه الجزاء المقرر في القاعدة القانونية التي خالفها الأطراف .

5 — وتتميز دعوى الصّورية عن دعوى الغش ، اذ ينحصر هدف الأولى في اظهار صورية التصرف ولا يطلب من المدعي اثبات الغش ، بينما يكون التصرف في دعوى الغش حقيقيا وينحصر هدفها في اثبات الغش والتحايل على القانون ، ومتى كانت هناك دعوى الصورية استحال رفع دعوى الغش . (2)

* * *

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 133 .

(2) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 134 .

المطلب الثاني

هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات السبب غير المشروع ؟

يرى جانب من الفقه ، ومن بينهم الأستاذ هنرى ديبوا ، أن نظرية الغش نحو القانون ما هي الاّ صورة من صور السبب غير المشروع الذى نصّ عليه المشرع الفرنسي في المادة 1131 من القانون المدني التي تقضي بما يلي : " الالتزام لا ينتج أى أثر اذا لم يكن مبنيا على سبب أو كان مبنيا على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع "(1) .

أما المادة 1133 من نفس القانون ، فقد بيّنت متى يكون السبب غير مشروع فيما يلي : " انّ السبب يكون غير مشروع اذا حرّمه القانون أو اذا كان مخالفا للآداب وللنظام العام "(2) .

ويعرف السبب في النظرية الحديثة بأنه الباعث الدافع على التعاقد (3) .

وطبقا لهذا التعريف الذى جاء به الفقهاء في فرنسا ، يقول الأستاذ هنرى ديبوا : " بأن كل تصرف نتج عن غش وجب ابطاله كلما كان سببه مخالفا للقانون أو الآداب ، اذ يعتبر هذا السبب بمثابة نية الغش التي تكون العنصر الهام في نظرية الغش نحو القانون (4) .

(1)"L'obligation, sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ".

(2) "La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ".

(3) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، ص 45 بند 276 .

(4) هنرى ديبوا ، المرجع السابق ، ص 31 .

— وأنظر أيضا : ليجيروبولو ، المرجع السابق ، ص 65 بند 27 .

— وأنظر أيضا : جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 333 .

نقد هذا الرأي :

1 ـ ان اسناد نظرية الغش الى نص قانوني يعتبر أمرا سليما ، ولكن يعاب على هذا الرأى أن تأسيس نظرية الغش على فكرة السبب غير المشروع يؤدى الى عدم اشتمالها على كل حالات الغش . كما أن الفقه والقضاء في فرنسا ميّزا بين نظرية الغش ونظرية السبب غير المشروع بحيث نجد المحاكم أحيانا تطبق الجزاء على المخالفات المشتملة على فكرة الغش بدون أن تشترط وجود نية الغش .

2 ـ انّ المادتين 1131 و 1133 من القانون المدني الفرنسي لم تتعرضا الاّ للالتزامات ، وهي لا تتناول بطلان التصرفات الناتجة عن الغش ، والتي لا تنجم عن العلاقة الملزمة ، وحتى لو فرضنا أن هذين النّصين جاءا بمبدأ عام وهو أن السبب غير المشروع يعيب أيضا التصرفات التي لا تعتبر من ضمن الالتزامات بالمعنى الضيق كالوصايا مثلا والتنازلات ، فاذا كان هذا المبدأ يمكن تطبيقه على التصرفات المالية ، فمن دون شك يتعذر تطبيقه فيما يخص الأحوال الشخصية ، كالزواج والطلاق والتجنس ، فمثلا لا يجوز اعتبار تجنس الزوجين اللذين تجنّسا وطلّقا في الخارج عن طريق تغيير جنسيتهما ، قد قاما بعقود عادية يمكن ابطالها بموجب المادة 1131 .[1] وحتى لو أخذنا بهذا الافتراض فانه توجد حالات الغش ، لا يمكن أبدا أن ينطبق عليها نص هذه المادة ، وهي الحالات التي يكون التصرف فيها ماديا .

3 ـ انّ الجزاء الذى يترتب على السبب غير المشروع هو البطلان المطلق ، بينما الجزاء الذى يترتب على الغش هو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش l'inopposabilité لا البطلان .

---

(1) ليجيربولو ، المرجع السابق ، ص 66 بند 28 .

المطلب الثالث

هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات التعسف في استعمال الحق ؟

يذهب جانب من الفقه الحديث الى أن الغش نحو القانون يستند الى نظرية التعسف في استعمال الحق ، ومن بينهم الأستاذ جاك موري Jacques MAURY ، فهو يرى أن للفرد مثلا حق تغيير جنسيته أو حق التنقل من مكان الى آخر فيكون متعسفا في استعمال حقه حين يستعمله بغرض التهرب من القانون الذى يجب أن يخضع له . (1)

واذا رجعنا الى تعريف الحق ، فالحق مكنة قانونية تهدف الى مصلحة مشروعة وتخوّل صاحبها القيام بعمل أو اجبار آخر على أدائه ، وعندما يقرر القانون حقا من الحقوق في صدد تنظيم الروابط والعلاقات فانه يفرض واجبا يقابل هذا الحق ، وقد يقع على كافة الناس ، كواجب احترام الحق العيني . مثل حق الملكية ، وقد يقع هذا الواجب على عاتق شخص أو على أشخاص بذواتهم اذا كان حقا شخصيا مثل واجب المدين نحو دائنه في قيامه بالأداء الذى التزم به . (2)

أما التعسف في استعمال الحق فقد اختلفت التعريفات بصدده ، فالفقيه بودان BEUDANT يرى أن التعسف يكمن في : " استعمال الحق لمجرد قصد الاضرار" . والفقيه سالي SALEILLES يعرّفه بأنه : " الاستعمال غير الطبيعي أو العادى للحق " .

---

(1) جاك موري ، المرجع السابق ، ص 165 .

(2) حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، الطبعة الأولى ، 1960 ، ص 1 بند 1 .

أما الفقيه جوسران JOSSERAND ، فيعرف التعسف بأنه : " استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع من أجله "[1].

أما الأستاذ سافتييه SAVATIER فيعرّف التعسف بأنه : نزاع بين الحق والأخلاق أو بالأحرى بين حق يمتلكه شخص وواجبه الخلقي الذي يقع على عاتقه ، فاذا استعمل الحق مخالفا هذا الواجب الخلقي فانه يخلّ بواجبه الخلقي .[2]

والأستاذ ريبير RIPERT ، هو الآخر يرجع التعسف الى فكرة خلقية ويعرّفه بأنه : الاستعمال غير الخلقي للحق . كما أنه يسند الغش الى هذه الفكرة ، ويرى أن كل من يستعمل حقا بقصد التهرب من قاعدة قانونية وبقصد التحايل عليها ، يستعمل هذا الحق استعمالا غير خلقي .[3]

واذا كان الغش يشتبه بالتعسف في استعمال الحق من حيث كون الغش ينحصر في تحويل الحق عن هدفه العادي أو الشرعي فان الفروق واضحة بينهما :

1 ـ فالغش موجه ضد القانون ، في حين أن التعسف موجه ضد الغير .[4]

2 ـ والتعسف يقع ضد مصلحة خاصة ، في حين أن الغش يضر بمصلحة عامة يمثلها القانون العام .[5]

---

(1) فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، الطبعة الثانية ، 1977 ، ص 321 ـ 322 .

(2) Lorsque le sujet passif use d'un droit en vue de se soustraire à une règle obligatoire, en vue de commettre une fraude, il fait un usage immoral de ce droit.

(3) ريبير ، المرجع السابق ، ص 178 بند 95 .

(4) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 364 .

ـ وأنظر أيضا : هنري ديبوا ، المرجع السابق ، ص 54 .

(5) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 169 .

ـ وأنظر أيضا : ليجيروبولو ، المرجع السابق ، ص 139 .

3 ــ قد يقع التعسف لمجرد اهمال الحق والاستخفاف في استعماله ، بينما الغش لا يقوم الاّ اذا توافرت فيه نية الغش ، اذ تلعب هذه النية دورا هاما في مجال الغش ، بينما لا تشترط هذه النية في التعسف في استعمال الحق .

4 ــ والغش لا يتمّ الاّ بواسطة استعمال وسائل ملتوية par des moyens détournés ، في حين أن التعسف يتم بطريقة مباشرة وغير خفية . (1)

5 ــ والغش يبدو بمثابة نزاع قائم بين ارادة المشرع وارادة الأفراد ، بينما التعسف يبدو كنزاع قائم بين ارادات الأفراد وحيهم في تملك الحقوق المطلقة .

6 ــ التعسف يقتضي أن يحدث بمناسبة استعمال الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق ، أمّا التعسف الذى يقع بمناسبة ممارسة الرخص والحريات العامة ، فلا شأن له بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وعلى هذا النحو يعجز الاتجاه الذى يسند الغش نحو القانون الى فكرة التعسف في استعمال الحق لأن انتقال الزوجين مثلا الى دولة أجنبية لابرام عقد زواج تهربا من الشكل الخاص الذى يستلزمه قانون موطنهما المشترك ، لا يعتبر تعسفا . ذلك أن حرية الأفراد في الانتقال من مكان الى آخر تعد قطعا من قبيل الرخص والحريات العامة ، ولا شأن لها بفكرة الحق بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح ، حتى يقال ان الزوجين قد تعسفا في استعمال حقهما في الانتقال في مثل هذه الصورة . (2)

---

(1) هنرى ديبوا ، المرجع السابق ، ص 59 .
ــ وأنظر أيضا : ليجيروبولو ، المرجع السابق ، ص 140 .
(2) هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 375 بند 97 .

والخلاصة هي أنه مهما اختلفت الآراء في اسناد الغش الى أســاس قانوني فان أقرب أساس الى المنطق القانوني هو التعسف في استعمال الحق، وذلك لأن فكرة الغش تتضمن تحويل الحق عن الغاية التي شرّع من أجلهــا ، فكذلك التعسف يقصد به تحويل الحق عن هدفه . فمثلا من حق الأفــراد تغيير جنسيتهم أو موطنهم ، ولكن ليس من حقهم أن يستعملوا هذا الحــق للتهرب من القواعد التي يجب عليهم الخضوع لها ، فاذا فعلوا فمعنى ذلــك أنهم تعسفوا في استعمال حقوقهم .

وعلى كل فان الغاية من هذه النظرية هي ضمان تطبيق القــواعـــد القانونية ، وجزاؤها يبرر ضرورة الحفاظ على الطابع الالزامي لهذه القــواعــد اذ بدونها يتمكن الأفراد من الهروب من تطبيق القواعد القانونية .

* * *

المطلب الرابــع

هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات المسؤولية المدنية ؟

انّ جانبا آخر من الفقه يرى في الغش تطبيقا من تطبيقات المسؤوليــة المدنية ، ويعتبر الغش بمثابة جريمة مدنية تلزم مرتكبها بالتعويض ، ويتمثل هذا التعويض في اعتبار التصرف المشوب بالغش عديم الأثر في مواجهـــة ضحايا الغش .

لكن هذا الرأي غير مقنع لأن هناك حالات كثيرة من الغش لا يشـــترط فيها توافر الشروط المكوّنة للمسؤولية المدنية ، هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فان آثار المسؤولية المدنية تختلف تماما عن آثار الغش . (1)

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 364 .

أولا — من ناحية الشروط المكوّنة للمسؤولية المدنية :

نحن نعلم أنه لقيام المسؤولية المدنية ، لا بد من توافر ثلاثة شروط وهي : الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، بينما في الغش نحو القانون ، اذا توافـر الشرط الأول باعتباره مكوّنا للخطأ المدني ، فالشرطان الباقيان قد يتخلّفان اذ لا يشترط في الغش ضرورة وقوع الضرر ، وبما أن الضرر هو بمثابة الشـرط الأساسي في دعوى المسؤولية بحيث اذا انعدم ، تعذر التعويض ، فالأمر على غير ذلك في الغش نحو القانون ، اذ لا يعتبر الضرر كشرط أساسي وضـروري في رفع دعوى الغش ، اذ أن الأمر يتعلق بتطبيق الجزاء على تصرف مشـوب بعيب خاص ، فمثلا قبل سنة 1884 اذا كان الزوجان الفرنسيان قد غيّرا جنسيتهما للحصول على الطلاق الذي كان يحرمه القانون الفرنسي آنـذاك ، فان هذا التجنس لا يحدث ضررا للغير .

وهنا لا يمكن أن يعترض على الغش بقاعدة " لا دعوى بدون مصلحة "(1) ذلك لأنه يشترط لوجود المصلحة وقوع الضرر حتى يتمكن المدعي من رفع دعواه بل قد تكمن هذه المصلحة في حماية ضرر وشيك الوقوع كأن يحتاط لنزاع لاحق ، وهذه المصلحة كافية لرفع الدعوى ، وهكذا فان كل من كان ضحية غش يجوز له أن يرفع دعوى الغش ، حتى لو لم يصبه ضرر .

ويلاحظ أن هذه المسألة قد طرحت على المحاكم الفرنسية بصدد قضيـة فالـير WALLER(2) ، اذ حصلت الزوجة بواسطة تغيير جنسيتها على الطلاق ، فطلب الزوج من المحاكم الفرنسية الحكم بعدم الاحتجاج بهذا الطلاق فـي

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 365 .
(2) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 366 .
— وأنظر أيضا : Revue critique du droit international privé, p.261

مواجهته ، فقضت محكمة السّين Seine في 2/7/1947 بعدم قبول طلبه لانعدام المصلحة ، على أساس أن المدعي ليس من حقه أن يخشى أى شيء طالما لم تطلب الزوجة تنفيذ الحكم في فرنسا . غير أن محكمة استئناف باريس قضت في 15 ديسمبر 1948 بأنه حتى لو كانت الزوجة لم تطلب بعد تنفيذ الحكم في فرنسا ، فان الزوج له مصلحة حالية un intérêt né et actuel ربما تكون هي رغبته في استمرار علاقة الزوجية ، وبالتالي فمن حقه أن يطلب من المحكمة القضاء له بعدم الاحتجاج في مواجهته بالحكم الأجنبي الذى قضى بالطلاق .

أما فيما يتعلق برابطة السببية ، فنحن نعلم أنه ، لتطبيق المسؤولية المدنية ، يفترض وجود رابطة سببية مباشرة بين الخطأ والضرر ، فمرتكب الخطأ المدني لا يلتزم بالتعويض عن الأضرار غير المباشرة ، وانما يلتزم فقط بالتعويض عن الأضرار المباشرة والمؤكدة ، في حين أنه في بعض حالات الغش ، قضت المحاكم الفرنسية بالغش رغم أن الضرر لم يكن نتيجة حتمية وضرورية للغش .

مثال ذلك : فرنسي غيّر جنسيته قبل سنة 1884 لكي يتمكن من طلب الطلاق الذى كان يحرمه القانون الفرنسي آنذاك ، ثم تزوّج للمرة الثانية وأنجب أطفالا ، وماتت زوجته الثانية ، وقد كانت زوجته الأولى لا زالت على قيد الحياة ، ثم تزوج للمرة الثالثة ، وبعد موته رفض أبناؤه من الزوجة الأولى اعتبار الأطفال الذين أنجبهم والدهم من زواجه الثاني والثالث كأطفال شرعيين واستجابت المحاكم لطلبهم وقضت لهم بأن الطلاق الذى حصل عليه والدهم لا يجوز الاحتجاج به في مواجهتهم لأنه تمّ بواسطة الغش . (1)

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 370 .

ثانيا — من ناحية آثار المسؤولية المدنية :

ان مشكل المسؤولية المدنية ينحصر في التعويض عن الضرر الذى نجم عن تصرف خاطيء ، وأنصار اعتبار نظرية الغش تطبيقا من تطبيقات المسؤولية المدنية يؤسسون جزاء الغش على ضرورة التعويض عن النتائج الضارة ، في حين أننا نعلم أن مضمون الغش يتمثل في التهرب من تنفيذ قاعدة قانونية ، أى التحايل عليها للوصول الى أغراض غير مشروعة ، وبالتالي فان جزاء الغش ينحصر في عدم فاعلية التصرف المشوب بالغش (1) ، بحيث لا ينتج أى أثر ولا يكمن في التعويض عن الأضرار .

ويتضح لنا أكثر من أن نظرية المسؤولية المدنية تختلف عن نظريـــة الغش في الحالات التالية :

1 — قد تجتمع شروط نظرية الغش دون شروط المسؤولية ، وذلك في الحالـة التالية : (2)

— يمكن أن تقوم نظرية الغش دون وجود شرط الخطأ ، مثال ذلك : من يشترى عقارا وهو يعلم أنه مباع ثم يقوم باجراءات التسجيل ، ثم يقوم المشترى الأول باجراءات التسجيل بعد المشترى الثاني ، ففي هــذه الحالة يكون المشترى الثاني قد استعمل امتيازا منحه القانون للمشترى الذى يهمه التعجيل . فمن جانب تطبيق المسؤولية يتعذر تطبيقهــا لانتفاء الخطأ ، ولكن تقوم نظرية الغش في هذا المثال ، ويعتبر المشترى الثاني قد ارتكب خطأ يكمن في التحايل والغش لتملك عقار مباع وهو يعلم مسبقا بذلك . لهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في 13 نوفمبر 1929 بأن من يشترى عقارا وهو يعلم أنه كان محلا لوعد ببيع يرتكب خطأ .

(1) L'acte devient inefficace.

(2) جوزيه عبد ال ، المرجع السابق ، ص 375 .

2 ــ قد تجتمع شروط كل من الغش والمسؤولية المدنية معا : اذا توافر الغش وطبق عليه الجزاء ، فان الشخص الذى وقع ضحية لهذا الغش اذا أصابه ضرر يجوز له أن يرفع دعوى المسؤولية المدنية طالما توافرت شروطها ، ذلك لأن تطبيق جزاء الغش لا ينفي قيام المسؤولية المدنية . كما أن دعوى كل من المسؤولية ودعوى الغش ، دعويان مستقلتان وترجع الأسبقية لنظرية الغش حتى يمكن ابطال التصرف القانوني ، ولا تطبق نظرية المسؤولية المدنية الاّ اذا كان الشخص الذى وقع ضحية الغش قد أصابه فعلا ضرر من جراء الغش . وهكذا يبدو أن لنظرية المسؤولية المدنية طابعا تكميليا عند قيام الغش . (1)

3 ــ قد تجتمع شروط المسؤولية المدنية وتتخلف شروط الغش :

ــ في حالة ما اذا تعذر تطبيق جزاء الغش بسبب حسن نية الغير الذى ساهم في ارتكاب التصرف المشوب بالغش .

* * *

المطلب الخامس

هل يعتبر الغش نحو القانون تطبيقا من تطبيقات الدفع بالنظام العام ؟

يرى جانب من الفقه ، ومن بينهم بارتن BARTIN أن الغش نحو القانون ما هو الاّ تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام ، اذ أن الغرض من الدفع بالنظام العام هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي واحلال القانون الوطني محله ، وكذلك الغش نحو القانون له نفس الأثر. (2)

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 377 .
(2) جاك موري ، المرجع السابق ، ص 164 .
ــ وأنظر أيضا : جان ديرّوبيه ، المرجع السابق ، ص 69 .

لذلك يرى هذا الجانب من الفقه أن نظرية الغش لا يرجى منها أية فائدة ، لأن إعمال فكرة النظام العام يكفي لاستبعاد القانون الأجنبي ، ويقول الأستاذ بارتين : " ان الغش هو بمثابة المظهر الشخصي لفكرة النظام العام والذي يظهر في خلق وضعية اجتماعية غير مألوفة عند تطبيق القانون الأجنبي ، كما لو كان أجنبيّان قبل سنة 1884 قد حصلا على الطلاق ، فانّ طلاقهما يعترف به في فرنسا ، ولكن اذا ما تعلّق الأمر بفرنسيين ، فان هذه الوضعية الاجتماعية تبدو غير مألوفة ، ولا تكون لها أية قيمة . أما المظهر المادي للنظام العام فينحصر في التعارض الدائم بين القوانين التي لا تتضمن نفس الاشتراك القانوني . (1)

وفعلا فان النظام العام يلتبس بفكرة الغش نحو القانون ، وذلك من ناحيتين :

1 — من حيث أنه يمس النظام القانوني في دولة القاضي .

2 — من حيث النتيجة التي تنحصر في استبعاد القانون الأجنبي .

ولكن مهما كان التشابه بين الفكرتين ، فان الاختلاف بينهما واضح ، ويتجلى فيما يلي :

1 — ان نظرية الغش لا تقوم الاّ اذا رجعنا الى نية الأطراف والدوافع التي دفعتها الى اختيار القانون الأجنبي ، في حين أن الدفع بالنظام العام لا يبحث فيه عن النوايا والبواعث . (2)

---

(1) نيبوابيه ، Traité de D. I. P. ، المرجع السابق ص 635 بند 1078 .

— وأنظر أيضا ، Travaux du comité français ، المرجع السابق ص 132 .

— وأنظر أيضا : Juris Classeur, D. I. P. Fasc 535, p. 4 .

(2) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 271 .

2 ـ ان نظرية الغش نحو القانون ليست موجهة الى مضمون القانون الأجنبي (1) ، ولا تهدف الى استبعاد القانون الواجب التطبيق لذاته ، وانما هي موجهة الى الوسيلة التي لجأ اليها الأفراد لتطبيق القانون الأجنبي على علاقة لم تكن خاضعة لاختصاصه ، في حين أنّ الدفع بالنظام العام يوجه الى مضمون القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية . واذا استبعدت أحكامه فذلك لأنها تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني .

3 ـ ويبدو الاختلاف جليّاً بين نظرية الغش وفكرة النظام العام في حالة ما اذا قام الغاش بتغيير ضابط الاسناد للتوصل الى تطبيق قانون القاضي تهربا من أحكام قانون أجنبي معين ، كما لو أقام إسباني بانجلترا حتى يتمكن من الحصول على الطلاق طبقا للقانون الانجليزي باعتباره قانون الموطن ، وتهربا من أحكام قانونه الوطني الذى لا يبيح الطلاق ، فكيف يمكن أن نستبعد في هذه الحالة قانون القاضي ، ونطبق القانون الأجنبي باسم النظام العام ؟ .

وبهذا تتميز نظرية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام ، اذ أن الأولى ترمي الى حماية القانون الوطني والأجنبي في آن واحد ، بينما الدفع بالنظام العام ينحصر هدفه في حماية القانون الوطني فقط.

4 ـ وتختلف نظرية الغش عن فكرة النظام العام أيضا من حيث الهدف ، اذ أن هذا الأخير لا يهدف الى اصدار حكم على القانون الأجنبي في حدّ ذاته ، وانما يهدف الى منع النتيجة المنافية التي يؤدى اليها تطبيق هذا القانون الأجنبي ، فاذا أمكن تلافي هذه النتيجة باستبعاد جزء

---

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 168 بند 159.

من القانون الأجنبي فقط ، فليس ثمة داع لعدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع النظام العام . وليس في هذا الحل مساس بقاعدة الاسناد الوطنية ، كما أنّه ليس فيه تجاهل للمشرع الأجنبي ، اذ أن هذا الحل يهدف الى الاحتفاظ للقانون الأجنبي ولقاعدة الاسناد التي قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية .

5 — وأهمّ ما يميّز نظرية الغش عن فكرة النظام العام ، هو مجال إعمال كلّ منهما ، فالمجال الرئيسي لقيام الدفع بالنظام العام هو مرحلة انشاء العلاقة القانونية في دولة القاضي . أما بالنسبة الى العلاقة القانونية التي تمّ انشاؤها في الخارج فان أثر النظام العام يكون أحيانا مخففا وأحيانا منعدما ، بمعنى أن القاضي الوطني قد يعترف بالعلاقة القانونية التي نشأت في الخارج ، بالرغم من أنّه لم يكن ليسمح بنشوئها في دولته .

أما نظرية الغش فينحصر مجالها في مرحلة الاحتجاج بالعلاقة القانونية التي تمّ نشوؤها في الخارج .(1)

أخيرا لعلّ الفقه الذى ربط في القديم بين نظرية الغش وفكرة النظام العام كان يحاول أن يجد لها أساسا ترتكز عليه حتى يمكنها أن تقف في مواجهة الاعتراضات التي أثارها بعض الفقهاء في وقت لم تكن فيه فكرة البحث عن النوايا والبواعث مقبولة لدى الشرّاح .(2)

أما الآن وقد أصبح القانون يعترف بسلطة القاضي في تقصي النوايا والبواعث ، فلم تعد هناك حاجة الى ربط هذه النظرية بنظرية أخرى تختلف عنها أشد الاختلاف .

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 169 بند 159 .
(2) هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 361 بند 97 .

الخـــلاصـــة :

نخلص مما تقدم الى أنه رغم اختلاف الآراء في اسناد نظرية الغش الى أساس قانوني ، فانّ هذه النظرية في رأينا نظرية قائمة بذاتهـــــا suigeneris ، ذلك لأنها تعتبر بمثابة النتيجة النابعة عن المبـــدأ القائل : " لا يجوز لأحد أن يجتنب تطبيق القوانين "[1] .

" Nul ne peut se soustraire à l'application des lois " .

فالواقع هو أن الجزاء المقرر لمخالفة القواعد القانونية لا يكفي لضمـــان تطبيق هذا المبدأ ، لذلك تأتي نظرية الغش لتسد هذا الفراغ وترتكز هي الأخرى على المبدأ التقليدى المعروف : " الغش يفسد كل شيء ". ويقصد به أن كل تصرف نتج عن غش يعتبر فاسدا ولا تجوز حمايته قانونا .[2] فالغش يثير البلبلة والاختلال في النظام القانوني القائم ، لهذا فنظرية الغش ضرورية للحفاظ على هذا النظام ، بل انّها جزء منه ، وبهذا تبدو نظرية الغـــــش كالهيكل العظمي في جميع الأنظمة القانونية ، وغالبا ما تستند الى المبـــــدأ التقليدى المعروف .

ونلاحظ أن المبادىء القانونية تختلف دائما عن القواعد القانونية ، بحيث أن هذه الأخيرة توضع لمجموعة معينة من الأشخاص والأفعال أو الوقائع ، فهي تحكم وضعية قانونية معينة ، في حين أن المبادىء عامة ، تحمل مجموعـــة غير محدّدة من التطبيقات ، والمبادىء القانونية حين تسود في القانون الوضعـــي تقود تطوره ، بينما القواعد القانونية مجرد تطبيق من تطبيقات هــــــــذه المبادىء .

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 386 .

(2) لويس لوكـا ، المرجع السابق ، ص 1 .

وقد أخذت معظم المحاكم بتطبيق مبدأ: الغش يفسد كلّ شيء ، ومنها محكمة النقض الفرنسية التي كانت دائما تذكر في حيثيات أحكامها :

" وحيث أن القانون يعتبر الغش استثناء في جميع القواعد " .

وان كان بعض الفقهاء قد انتقدوا هذا المبدأ التقليدي بقولهم : (1)

1 ـ ان هذا المبدأ لم يسجل في القانون ، وبالتالي فليست له قيمة قانونية .

2 ـ ان هذا المبدأ مبهم ، بحيث يؤدي تطبيقه الى تعسف القضاة .

تفـنيد هذه الحجج :

1 ـ ان الحجّة الأولى غير مقنعة ، وذلك لأن المادة 1167 (2) مدني فرنسي ما هي الاّ مجرد تطبيق لهذا المبدأ ، الذى ينص على أن الغش يعتبر استثناء لجميع القواعد القانونية . كما لا يمكن أن ننكر الطابع الالزامي لهذا المبدأ لمجرد أنه لم يسجل ذلك لأن مصادر القانون هي التشريع والعرف والقضاء ، وهذا المبدأ ـ أى الغش يفسد كلّ شيء ـ يستمد قوته الملزمة من العرف الجاري به العمل .

2 ـ ولقد انتقدت الحجّة الثانية بأنه اذا كان المبدأ مبهما ، فهذا يكون حافزا لدراسته بدلا من التخلي عنه . كما أن قيمته تتلون حسب الظروف ، فأحيانا يطبق على الغش الجزاء بوسائل تقنية معروفة ، وفي هذه الحالة

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 381 .

(2) " Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. " .

يكون المبدأ مجرد تطبيق خلقي commentaire moral . أما اذا تعذّر تطبيق الجزاء على الغش بواسطة وسائل تقنية عادية ، فــإنّ المحاكم توسس الجزاء على مبدأ أن الغش يفسد كل شيء ، وفي هذه الحالة تكون لهذا المبدأ قوة ملزمــة .(1)

* * *

---

(1) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 383 .

الفصل الثاني

مجال تطبيق الغش نحو القانون

أنّ المجال الرئيسي لتطبيق فكرة الغش نحو القانون عادة هو مسائل الأحوال الشخصية ، كما يمكن أن تتحقق هذه الفكرة في مجالات أخرى، كمجال الحقوق العينية ، كأن يتحايل الأفراد على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة ، اذ يستطيعون تغيير ضابط الاسناد عن طريق تغيير المكان الذى يوجد به المنقول ، كما يمكن تطبيق فكرة الغش نحو القانون بالنسبة الى التصرفات القانونية ، اذ يستطيع الأفراد في مجال العقود افتعال عنصر أجنبي بشكل فني في عقد وطني في جميع عناصره ، بحيث يصبح بذلك عقدا ذا طابع دولي وبالتالي يتسنى اخضاعه لقانون غير القانون الوطني الذى كان يجب أن يحكمه بوصفه عقدا وطنيا بحتا . (1)

ولذلك فسوف نقسّم هذا الفصل الى مبحثين : الأول يتعلق باستعمال الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية ، والمبحث الثاني يتعلق باستعمال الغش نحو القانون في نطاق التصرفات .

* * *

---

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 161 بند 153 .

المبحث الأول

الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية

المطلب الأول

الـــــــزواج

اذا كانت الأحوال الشخصية هي أفسح مجال لتنازع القوانين ، فـــإنّ الزواج ، وهو من الأحوال الشخصية ، موضوع يبلغ فيه التنازع حده ، ذلك لأنّ التشريعات تختلف بصدده اختلافا بيّنا ، ويبدأ هذا الخلاف من فكرة الزواج ذاتها ، ويمتد الى انعقاده وآثاره وانقضائه . فمثلا بعض الدول تعتــبر الزواج نظاما دينيا ، في حين تعتبره دول أخرى نظاما مدنيا ، وهناك من يعتبره رابطة غير قابلة للانحلال ، بينما يعتبره آخرون رابطة مؤقتة . وهناك من يبيح تعدد هذه الرابطة ، بينما يحرم البعض الآخر تعددها ويرى في ذلك جريمة . (1)

كما تخضع بعض الدول حكم الأحوال الشخصية ، ومنها أهلية ابـــرام عقد الزواج ، الى قانون الموطن ، وتخضع دول أخرى حكمها الى قانـــــون الجنسية كفرنسا والجزائر .

فالقانون المدني الفرنسي يخضع أهلية ابرام عقد الزواج للقانون الشخصي ، أي القانون الوطني تطبيقا للمادة 3 فقرة 3 منه التي تنص علـــى أن :

---

(1) جابر جاد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 221 .

ـ وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 246 بند 88 .

" القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم تطبق على الفرنسيين حتى لو كانوا مقيمين في الخارج "(1).

وبما أننا بصدد البحث عن فكرة الغش نحو القانون ، فسوف نتعرّض للغش نحو القانون الفرنسي ثم نحو القانون الجزائرى .

أولا — الغش نحو القانون الفرنسي في مادة الزواج :

قبل سنة 1884 ، كان القانون الفرنسي لا يبيح الطلاق ، ولذلك فكثيرا ما كان الأفراد يتحايلون على القانون بواسطة تغيير جنسيتهم أو موطنهم بقصد الحصول على الطلاق واعادة الزواج في بلد أجنبي . أما حاليا فقد أبيح الطلاق ، وأصبحت أغلب الموانع متعلقة بالقصر ، فمن الممكن جدا أن يتهرب القاصر من أحكام القانون الفرنسي التي يراها كقيد أمامه ، وفي هذه الحالة لا بد أن نفرق بين أمرين :

1 — اذا كان المانع الذى قصد الأطراف تجنبه مازال قائما أثناء سير الدعوى ، جوزى الأطراف كما لو كانوا قد أبرموا عقد زواجهم في فرنسا .

2 — أما اذا انتفى المانع الذى كان قائما أثناء ابرام الزواج ، ففي هذه الحالة لا بد من الاعتراف بصحته .(2)

وينص القانون المدني الفرنسي في المادة 170 منه على ما يلـي :(3)

(1) "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes regissent les français, même résidant en pays étranger".

(2) Bernard AUDIT, La fraude à la loi, édition Dalloz, 1974, p. 290 N° 373.

(3) Art. 170:"Le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étranger, sera valable, s'il été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63 au titre des actes de l'état civil".

" انّ الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب يكون صحيحا متى تمّ شهره طبقا للشكل المقرر في البلد الذى أبرم فيه وبشرط أن يعلن عنه في فرنسا طبقا لما تقضي به المادة 63 " .

اذن فعقد الزواج المبرم خارج فرنسا لا بد من الاعلان عنه في فرنسا ، والاّ تعرّض للبطلان حتى لو توافرت فيه جميع الشروط الموضوعية التي يشترطها القانون . (1)

وقديما في عهد مدرسة الشّرح على المتون ، كان عدم مراعاة الشروط المقررة في القانون يؤدى الى مجازاة المخالف ، غير أنّ هذا الحكم هجر لقسوته وشدته ، اذ من غير المعقول أن يبطل الزواج لمجرد عدم الاعلان عنه ، بينما لا يوجد أى مانع موضوعي يعوقه ، لهذا قرّر القانون الفرنسي أن عقد الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين فرنسيين وأجانب لا يبطل بسبب عدم الاعلان عنه الاّ في حالة ما اذا تمّ على أساس الغش ، أى تهربا من أحكام القانون الفرنسي ، فحينئذ لا يصح عقد الزواج الذى تمّ في الخارج حتى لو توافرت فيه جميع الشروط الموضوعية . (2)

وقد قرّرت المادة 170 مدني فرنسي الاعلان المسبق على عقد الزواج حتى تمنع قيام الزواج غير الصحيح أو غير الشرعي الذى يمكن أن يتمّ بواسطة تحايل الأفراد على القانون ، فطالما علم الأطراف بأن زواجهم معرّض للبطلان فسوف يتجنبون ابرامه في الخارج ، وسينتظرون حتى تزول الموانع التي تحول دون ابرام هذا العقد داخل فرنسا مثل بلوغ السنّ المقررة للزواج ، أو الموافقة الأبوية .

---

(1) Jean BAZ , Essai sur la fraude à la loi en droit musulman, Lyon , 1938, pp. 329 - 330.

(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 290 بند 373 .

ومن ناحية أخرى ، فالاعلان عن الزواج يهدف الى اعلام كل ذى مصلحة واخطاره بهذا الزواج حتى يتسنى له أن يعارضه ، وهكذا يترتب على هذا الاعلان ، منع قيام ما يسمى بالزواج العرفي أو السّرى mariage clandestin.

ونلاحظ أن القضاء الفرنسي قد تعرّض لهذه المسألة في قضية طرحت على محكمة السين la Seine في 23 نوفمبر 1910 تتلخص وقائعهـا فيما يلي :

رجل عاشر امرأة وأنجب منها خمسة أطفال اعترف بأبوتهم ، وبعد فترة من الزمن ذهب الى جزيرة جرسي Jersey بانجلترا لابرام عقد زواج مع امرأة أخرى دون الاعلان عن هذا الزواج ، وعاد الى باريس وعاش مع خليلته ، وعند وفاته أرادت المرأة التي تزوجها في انجلترا تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية ، غير أن خليلته كشفت هذه العلاقة الجديدة ، ورفعت دعوى الى القضاء تعارض فيها هذا الزواج ، فاستجاب اليها القضاء الفرنسي ، وقضى بأن الزواج الذى تمّ في انجلترا ليس له أى أثر في فرنسا ، لأنّ المدعى عليها وشريكها قد تحايلا على القانون الفرنسي ، بانتقالهما الى سان هيلير لابرام عقد زواج عرفي وكتمانه عن كل من له مصلحة في معارضته وبالتالي فهو باطل . (1)

اذن فالاعلان عن الزواج في القانون الفرنسي له أهمية كبرى ، بحيث تؤدى مخالفته الى بطلان الزواج برمته لو تمّ على أساس الغش والتحايل على القانون الفرنسي .

ولكن رغم ذلك نشير الى أن تطبيق الجزاء على الغش في مجال الزواج تعوقه بعض الصعوبات ، منها :

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 291 بند 374.

1 — انّ المشرع الفرنسي ضيّق كثيرا من حالات البطلان في مادة الزواج ، حتى يحافظ على ثبات المراكز القانونية المكتسبة . فوضع نظاما خاصا للبطلان ، وحدّد لرفع دعوى بطلان الزواج مدة قصيرة جدا وهي سنة من يوم علم صاحب المصلحة بالزواج ، حتى لا يكون مصير الزواج دائما مهددا بالبطلان من طرف الغير. (1)

2 — انّ المشرع عندما قرّر أن الزواج الذي يتم في الخارج بدون اعلان عنه يكون باطلا ، لم يدر بخلده أن هذه الحالة يمكن أن يستغلها الأفراد لمخالفة القانون ، كما حدث في قضية طرحت على القضاء الفرنسي ، خاصة بفرنسيين تزوّجا في انجلترا بدون القيام باجراءات الاعلان المقررة في القانون الفرنسي وبدون الحصول على التراخيص الضرورية لابرام عقد الزواج ، وبعد مدّة وجيزة من ابرام هذا العقد ، عادا الى فرنسا ومكثا هناك الى أن أنجبا خمسة أطفال . وبعد أن مرّ على زواجهما هذا خمس وعشرون سنة قام الزوج بابرام عقد زواج ثان ، فرفعت الزوجة الأولى دعوى أمام محكمة ربن Rennes في 12 جانفي 1938 اتهمه بتعدد الزوجات (Bigamie) لكنّه دفع بأن زواجه الثاني باطل لأنه زواج عرفي ، فقضت له محكمة ربن بذلك ، ولكن لما استؤنف الحكم ، قضت محكمة استئناف ربن بأن عيب الشكل لا يعتبر سببا كافيا لابطال عقد الزواج . (2)

---

(1) D'après le traité de droit civil, COLIN et CAPITANT par Leon de la Romandiére, Tome I, Troisième édition, Dalloz 1957, p. 580 N° 978.

(2) برنارد أودى ، المرجع السابق ، ص 291 — 292 بند 375.

الغش نحو القانون الأجنبي :

انّ قاعدة التنازع الفرنسية تمنح دائما الاختصاص للقانون الوطني ، اذا ما تعلّق الأمر بالأهلية المقررة لابرام عقد الزواج ، وبالتالي فلابد من مراعاة جميع الاحتياطات التي تمنع من الاعتراض على زواج الأجانب واتهامهم بأنّهم ارتكبوا غشا نحو قانونهم الشخصي ، وتبدو هذه الاحتياطات في النشـرة الخاصة بالحالة المدنية الصادرة في 21 سبتمبر 1955 ـ المـواد 472 وما يليها . وتحدد هذه النشرة القواعد المتعلقة بابرام الزواج في فرنسا بين أجنبيّين أو بين فرنسي وأجنبية أو العكس .

فمن حيث شرط الاقامة تميّز هذه النشرة بين نوعين من الأجانب من حيث جواز ابرام عقد الزواج في فرنسا :

الفئة الأولى هي فئة الأجانب الممتازين العاديين ، فهؤلاء لهم حـق ابرام عقد الزواج بدون اتخاذ أى اجراءات شكلية ، ولكن عليهم تقديم بطاقـة الاقامة(1) ، التي تثبت أن صاحبها له حق الاقامة لمدة معيدة .

أما الفئة الثانية ، فهي فئة الأجانب الذين يقيمون بصفة مؤقتة ، وهـذه هي الفئة التي يخشى منها أن ترتكب الغش لأنها ستعود الى بلادها . وبصدد هذه الفئة نصّ أمر 2 نوفمبر 1945 في المادة 13 منه على : ضرورة الحصول على ترخيص لابرام عقد الزواج يمنح من طرف المحافظ (prefet) الموجود بمحل اقامة صاحب المصلحة . والغرض من هذا الترخيص هو إبعاد الأشخاص غـير المرغوب فيهم عن التراب الفرنسي ، حتى لا يتمكّنوا من ابرام عقد زواج مع أحـد الرعايا ، فيصعب على السلطات الفرنسية إبعادهم.(2)

(1) Carte de séjour.

(2) برنارد أودى ، المرجع السابق ، ص 297 بند 382.

ومن الناحية الشكلية ، يخضع زواج الأجانب الذى يتمّ في فرنسا الى القانون الفرنسي تطبيقا لقاعدة Locus regit actum أى خضوع شكل التصرف لمحل ابرامه ، ولا يلتزم ضابط الحالة المدنية باحترام الشكل الذى يتطلبه القانون الأجنبي ، وان كانت بعض الاتفاقيات كاتفاقية فرنسا وايطاليا تقضي باحترام الشكل الأجنبي . (1)

أما الناحية الموضوعية ، فهي من أهم المسائل في موضوع الغش ، اذ تعتبر الموانع المتعلقة بالموضوع والتي ينص عليها القانون الأجنبي بمثابة الدافع الذى يدفع الأجانب الى التحايل على قوانينهم الوطنية ، والانتقال الى فرنسا لابرام عقد الزواج ، ولا ننسى أن القانون الشخصي للأطراف اذا أحال على تطبيق القانون الفرنسي ، فانّ هذا الأخير يقبل الاحالة ، ويكون له الاختصاص . .

ونلاحظ أن من النادر جدا أن تبطل المحاكم الفرنسية زواجا تمّ على ترابها وطبقا لقوانينها بغرض تطبيق الجزاء على مخالفة القانون الأجنبي ، فلا تبطل هذا الزواج الاّ اذا اختار الزوجان الخضوع لقانونهما الوطني . (2) اذ تبدو في هذه الحالة نية الغش واضحة ، ولكن الاحتجاج ضد هذا الزواج يكون في الخارج وليس في فرنسا .

وعلى العكس من ذلك لو استقر الزوجان في فرنسا ، فيستحيل بطلان زواجهما . .

---

(1) أنظر : اتفاقية فرنسا وايطاليا التي نصت عليها التعليمة العامة رقم 481 .

(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 301 بند 386 .

— وأنظر : بسانز ، المرجع السابق ، ص 338 .

واذا كان المانع الذى ينص عليه القانون الأجنبي شبيها بالمانع الذى ينص عليه القانون الفرنسي ، ولكن متشددا من حيث نوعيته (كسنّ مبالغ فيها مثلا) فلا يجوز للمحاكم الفرنسية أن تحكم بالبطلان ، وعلى كلّ ، فغالبا ما تنقضي دعوى البطلان بالتقادم ، واذا كان المانع الذى ينص عليه القانون الأجنبي غير قابل للتقادم فان الحكم يعتبر مخالفا للنظام العام وحرية الزواج [1] la liberté nuptiale .

ورغم ندرة القضايا المتعلقة بالغش في الزواج ، فاذا كان المانع مجهولا تماما من جانب القانون الفرنسي مثل شهر الزواج في شكل ديني ، اذ تشترط بعض الدول أن يتم الزواج في شكل ديني ، وتعتبر شهره في هذا الشكل من الشروط الموضوعية ، فان المحاكم الفرنسية تمتنع عن تطبيق الجزاء على زواج خالف هذا الشكل ، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطابع الديني أو المدني للزواج مسألة شكلية تخضع لقانون المحل ، وكان ذلك في حكم صادر منها في 22 جوان 1955 في قضية طرحت عليها [2] ، تتلخص في أن : ديمترى كاراسلانيس Dimitri Caraslanis ، وهو من أصل يوناني تزوج من ماريا ريشارد ديمولان Maria Richardo Dumoulin وهي فرنسية ، بتاريخ 12 سبتمبر 1931 أمام ضابط الحالة المدنية بباريس ، لكن المتزوج ادعى بأن هذا الزواج غير قائم لأن الكنيسة الأرثوذكسية Orthodoxe ، التي يخضع لها ، تشترط لانعقاد الزواج أن تتم مراسمه على يد قسيس prêtre ، وأن هذا الشرط يتعلق بالناحية الموضوعية في الزواج . لكن محكمة النقض قضت بأنّ الطابع الديني للزواج مسألة متعلقة بالشكل لا بالموضوع ، وأنّ الزواج الذى تمّ بين كاراسلانيس وماريا ديمولان يعتبر صحيحا طبقا لقاعدة locus regit actum ، وعلى كل فان الزواج الذى طعن في عدم صحته طبقا للقانون الأجنبي ، تكون للقاضي الفرنسي حرية تقدير صحته أو عدم صحته .

(1) برنارد أودى : المرجع السابق ، ص 301 بند 386 .
(2) Revue critique de droit international privé, année 1955, p.440.
— وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق : ص 293 بند 94 .

مدى صلاحية الزواج الذى تمّ خارج فرنسا :

اذا أثير أمام القاضي الفرنسي نزاع حول زواج تمّ في الخارج بين أجنبيين أو بين طرفين أحد هما فرنسي ، يعتبر مخالفا للقانون الأجنبي ، ففي هذه الحالة لا بد من التمييز بين ثلاث حالات : (1)

أولا : اذا كان أحد الطرفين فرنسيا وطعن بالبطلان في الزواج على أساس أنه مخالف للقانون الشخصي للطرف الفرنسي . فان الطعن يرفض على أساس أن الطرف الفرنسي لا يجوز أن يخضع لحكم يجهله القانون الفرنسي .

ثانيا : ويرفض الطعن في الزواج اذا كان الزوجان يتمتعان بجنسية مختلفة ، ونصّ القانون الأجنبي الذى هو القانون الشخصي لأحد هما على مانع يجهله القانون الفرنسي ، فانّ هذا المانع يستبعد باسم النظام العام .

ثالثا : أما اذا كان الزوجان الأجنبيان من جنسية واحدة ، فان المبادئ العامة تقتضي ألاّ تقبل المحاكم الفرنسية مخالفة قانونهما الشخصي .

وهكذا نلاحظ أن فكرة الغش نحو القانون تضعف أمام الدور الذى يلعبه القاضي الفرنسي في تقرير الحل باسم النظام العام .

* * *

---

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 303 بند 390

المطلب الثاني

الغش نحو القانون في الطـلاق

يخضع حكم الطلاق في أروبا والدول اللاتينية الى قانون الجنسية على اختلاف بينها ، فبعضها يخضعه الى قانون جنسية الزوج وحده ، وبعضها يخضعه الى قانون جنسية كل من الزوجين مع التطبيق الجامع أو الموزع .

ويلاحظ بأن الطلاق هو أفسح مجال في ارتكاب الغش [1]، ذلك لأنّ الطلاق يخضع للقانون الشخصي ، وبالتالي فيمكن أن يحدث دون أن يكون هذا القانون يعترف بانحلال الزواج بالطلاق ، بأن يعمد الأفراد الى تغيير جنسيتهم ليتمكنوا من الحصول على الطلاق طبقا لقانون جنسيتهم الجديدة ، وأحيانا لا يريدون اخضاع حياتهم القانونية لسلطان قانون جنسيتهم الجديدة ، فيعمدون الى الرجوع الى قانونهم الأصلي بمجرد الحصول على الطلاق ، ومثل هذا العمل ، يعتبر من قبيل الغش نحو قانون الجنسية الأصلي ».

وكثيرا ما استعملت هذه الحيلة للتحايل على القانون الفرنسي قبل إعادة قبول الطلاق في القانون المدني في سنة 1884 ، وكان قد منع منذ سنة 1815.

(1) برنارد ... أودي ، المرجع السابق ، ص 340 بند 434.
— وأنظر أيضا : Julien VERPLAETSE, La fraude à la loi en droit international privé, thèse de doctorat, Paris 1938, Librairie du recueil Sirey, p. 9.
— وأنظر أيضا : Juris Classeur, Droit international privé, faxc. 535, p. 4.
— وأنظر أيضا : Simon Depître, Droit international privé, Librairie Armand COLIN, p. 111.

ولم تتردد المحاكم الفرنسية في عدم الاعتراف بأي أثر للطلاق الذى كان يحصل عليه الفرنسيون في الخارج حتى لو غيّروا جنسيتهم .(1)

وفي سنة 1884 أعيد الطلاق ، ولكن في اطار ضيق وظل التشريع ينفر من فكرة الطلاق ، ولكن القضاء أخذ يتقبل أكثر فأكثر هذه الفكرة ، وبدأ يعترف حتى بالطلاق الذى يحصل برضاء الطرفين par consentement mutuel فأدى ذلك الى أن فكرة الغش بدأت تقل نوعا ما ، كما أصبح يعترف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بالطلاق ، والتي لم يرتكب فيها أصحابها غشا نحو القانون .

وهكذا لم يعد الفرنسيون بحاجة الى الانتقال الى الخارج للحصول على حكم بالطلاق ، ولكن اذا حدث أن انتقل أحد الزوجين الى الخارج ، وطلب الطلاق اعتبر طلاقه عديم الأثر في فرنسا ، طالما اعترض عليه الزوج الآخر ، ومن ناحية ثانية ، أصبح القانون الفرنسي يعترف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بالطلاق والتي تتضمن غشا نحو القانون الفرنسي ، لأن الأمر في هذه الحالة يكون متعلقا بمشكل تنازع القوانين ، واذا طبّق على الطلاق قانون غير مختص ، فان المحاكم الفرنسية تلجأ الى فكرة التكافؤ أو المعادلة(2) l'équivalence. وتعتبر أن القانون الأجنبي معادل équivalent للقانون الفرنسي اذا كانت أسباب الطلاق في القانونين ذات طبيعة واحدة ، وبالتالي فللفرنسيين المقيمين في الخارج أن يتمتعوا بأحكام القانون الأجنبي حتى لو كان هذا الأخير متساهلا ، ذلك لأن الطلاق في معظم الدول يمنح طبقا لقانون القاضي الذى طرح أمامه النزاع ، اذ لا تعتبر بعض الدول أن الطلاق من موضوعات تنازع الاختصاص القضائي conflit de juridiction .

---

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 348 بند 446.
(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 347 بند 446.

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان عدم الاعتراف بالطلاق الذى يتمّ في الخارج ، غالبا ما كان يؤدى الى نتائج غير مرضية ، اذ يتهم أصحاب المصلحة أحيانا بتعدد الزوجات (Bigamie) ويعتبر أبناؤهم غير شرعيين des enfants adulterins ، فمن أجل تجنّب هذه الاشكالات ، فضّلت المحاكم الفرنسية ، اعتبار القانون الأجنبي ، مثل القانون المكسيكـــي ، والسويسرى ، والروماني ... الخ (1) معادلا équivalent للقانـــون الفرنسي .

هذا ونقسّم هذا المطلب الى فرعين : الفرع الأول يتعلق بالغش نحو قانون القاضي الفرنسي . والفرع الثاني يتعلق بالغش نحو القانون الأجنبي .

الفرع الأول

الغش نحو قانون القاضـي

يقصد بالغش في الطلاق ، مخالفة القواعد الموضوعية ، ولكي يطبـــق الجزاء على الغش نحو القانون حينئذ ، يجب أن يتم الغش هروبا من القانون المختص بحكم العلاقة القانونية ، ولا يعترف هذا الأخير بالأهداف التي يسعى الأفراد الى تحقيقها ، وفيما يلي نتعرض للغش نحو القانون الفرنسي ، وقبل أن نخوض في دراسة هذا الموضوع لا بد أن نطرح السؤال التالي : على مـن تطبّق القوانين الفرنسية فيما يخص الطلاق ؟ .

انّ نص المادة 3 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي يعتبر غير كـاف ، ولا يمكن تطبيقه على كل الحالات ، ذلك لأن علاقة الزوجية قد تقوم بـــين شخصين مختلفين جنسية ، وبالتالي فقد يستحيل تطبيق نص هذه الفقرة الثالثة ،

---

(1) برنارد أودى ، المرجع السابق ، ص 345 بند 449 .

ومن ثم فلابد من الرجوع الى مجال تنازع القوانين الذى يتحدد طبقا لــه سلطان القانون الفرنسي ، حيث يطبق هذا الأخير على الحالات التالية(1):

1 ـ اذا كان الزوجان فرنسيّين :

اذا كان الزوجان فرنسيّين ، ويقيمان في الخارج ، فان سلطان القانون الفرنسي يضعف في حكم علاقتهما ، وبالتالي فاذا حصلا على الطلاق فـــي الخارج طبقا لقانون القاضي Lex fori فلابد من التمييز بين أمريـــن : فاذا بقيا معا في الخارج بعد حكم الطلاق ، أو بقى أحدهما فقط ، فيعتبر الأمر متعلقا بمشكل تنازع القوانين . أما اذا عاد الزوجان الى فرنســـا ، موطنهما الأصلي ، بمجرد الحصول على الطلاق ، فانّهما يعتبران كأنهمــا أرادا عدم الخضوع لأحكام القانون الفرنسي وبالتالي يكونان قد تحايلا عليه .

2 ـ اذا كانت جنسية الزوجين مختلفة وموطنهما فرنسا :

في هذه الحالة ، اذا كان أحدهما فرنسيّا ، يجب أن يطبّق على الطلاق القانون الفرنسي ، فاذا انتقلا الى الخارج للحصول على الطلاق اعتبر تصرفهما غشا ، وان كان لابد من التمييز أيضا بين ما اذا كان الطلاق الذى حصلا عليه كان طبقا للقانون الشخصي للزوج الثاني أو طبقا لقانون أجنبي ، وذلك حتى نتمكن من تحديد مدى مخالفة القانون الفرنسي .

ونشير الى أن القضاء الفرنسي كان قد غيّر اتجاهه إثر قضية طرحت عليـــه في سنة 1953 ، وهي قضية ريفيير Riviére التي تتلخص وقائعهـــــــا فيما يلي :

---

(1) برنارد أودى ، المرجع السابق ، ص 343 بند 448 .

انّ السيدة ليديا روميتزيف Lydia ROUMIANTZEFF ، وهي من أصل روسي ، تجنّست بالجنسية الفرنسية ، وفي 9 فبراير سنة 1934 تزوجت أمام ضابط الحالة المدنية الفرنسي ، بالسيد ديمتري بيتروف Demitri PETROV الرّوسي الجنسية ، دون أن تدخل في جنسية زوجها ، أى احتفظت بجنسيتها الفرنسية ، ثم انتقل الزوجان الى جمهورية الاكواتور Equateur ، في 27 أوت سنة 1936 ، وفي 13 ماى سنة 1939 ، حصلا على الطلاق أمام السلطات الاكواتورية برضائهما par consentement mutuel .

وبعد مدة تزوجت السيدة روميتزيف مع السيد روبير ريفيير الفرنسي الجنسية Robert Riviére ، أمام ضابط الحالة المدنية في الدار البيضاء Casablanca بالمغرب ، ولكن حدث شقاق بينهما ، وأرادت السيدة روميتزيف أن تحصل على الطلاق من زوجها روبير ريفيير ، ولكنه دفع بأنّ زواجهما الثاني يعتبر زواجا باطلا ، لأنّ زواجها الأول لازال قائما على أساس أن الطلاق الذى حصلت عليه في الاكواتور يعتبر عديم الأثر في فرنسا وان كان قد خلا من الغش ، فرفضت محكمة النقض دفع ريفيير واعتبرت أن الأحكام الأجنبية المتعلقة بالحالة والأهلية بين فرنسي وأجنبية تنتج آثارها في فرنسا بدون أمر التنفيذ sans exequatur وبأن قانون الموطن المشترك للزوجين هو الذى يطبق على الطلاق(1) .

وهكذا تجنّب القضاء الفرنسي اللجوء الى فكرة الموازنة بين القانون الفرنسي والقانون الأجنبي ، وقبل الطلاق الذى تمّ طبقا لقانون أجنبي للفصل بين زوجين أحدهما فرنسي والآخر أجنبي .(2)

(1) La loi de leur domicile commun, Revue critique du droit international privé, année 1953,pp. 412-413.

... وأنظر أيضا : سيمون ديبياتر ، المرجع السابق ، ص 413 .

(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 351 بند 450 .

ويلاحظ أنّ اسناد القضاء الفرنسي حكم الطلاق الى قانون الموطن المشترك للزوجين كان يحمل الأفراد على ارتكاب الغش ، اذ هم كانوا يستطيعون الانتقال الى بلد آخر يتخذونه موطناً لهم ، ويتقدمون الى قاضي هذا البلد ، ويدّعون أمامه بأنهم متوطّنون في بلاده .

ولكن في حالة ما اذا ثبت أن موطن الزوجين كان في فرنسا ، وأنهما انتقلا الى الخارج للحصول على الطلاق ، فانّ القضاء الفرنسي كان يقضي بتطبيق الجزاء المتعلق بالغش نحو القانون وباعتبار طلاقهما عديم الأثر في فرنسا .

3 — زوجان من جنسية مختلفة ، كلاهما أجنبي :

يمكن أن يطبّق القانون الفرنسي على طلاق أجنبيّين اذا كانا مقيمين في فرنسا ، باعتبار القانون الفرنسي هو قانون الموطن ، ومن الممكن جداً أن يرفض القضاء الفرنسي اعطاء أمر بالتنفيذ لحكم الطلاق الصادر في بلد أجنبي اذا تبيّن له أن الزوجين المقيمين بفرنسا انتقلا الى الخارج للاستفادة من أحكام القانون الأجنبي غير المتشددة complaisantes لاسيما اذا كانت جنسيتهما مختلفة ، ذلك لأن قانون الموطن هو الذي يحكم آثار الزواج ، وان كان لا يطبق الّا بصفة احتياطية ، وتعتبر مخالفته عند تطبيق القانون الأجنبي المختص مخالفة غير أساسية .

ولكن اذا حصل الزوجان على الطلاق طبقاً لقانون جنسية أحدهما لاسيما اذا كان قانوناهما الشخصيان متقاربين في أحكامهما أكثر من تقاربهما من أحكام القانون الفرنسي ، فلا يمكن اتهامهما بالغش ، لأن المشكل هنا يكون متعلقاً بتنازع القوانين ، ولا يمكن ابطال تصرفهما أو رفض اعطائهما الأمر بالتنفيذ الّا اذا كانا قد انتقلا الى الخارج ليتقدما الى القاضي الأجنبي الذي تكون أحكام قانونه متساهلة . (1)

(1) برنار أودي : المرجع السابق ، ص 352 — 353 بند 452 .

نستنتج من هذه الدراسة أن الغش نحو القانون قد فقد أهميته من الناحية التطبيقية في مجال الطلاق ، اذ أصبح الطلاق مباحا في القانون الفرنسي ، بل وفي معظم دول العالم ، ولم يبق الا دول قليلة تمنعه بعد أن أدخلته ايطاليا بقانون صدر في أول ديسمبر سنة 1970 .

* * *

الفرع الثاني
الغش نحو القانون الأجنبي

منذ زمن بعيد ، كانت المحاكم الفرنسية ، لا ترتب أي جزاء على الغش الذى يرتكب نحو قانون أجنبي (1) ، كما يتضح لنا من القضية التالية :

تزوج الزوجان الايطاليان فيور FIORE في 1904 ، وفي سنة 1912 تجنّس الزوج بالجنسية الفرنسية ، ورفع دعوى الطلاق أمام المحاكم الفرنسية . فدفعت زوجته بأنها كانت تجهل تجنّس زوجها ، وبأنه يتحايل على القانون الايطالي الذى لا يبيح الطلاق . وفعلا أدركت محكمة سوس Sousse في 2 ديسمبر 1915 النتيجة التي كان الزوج يريد الحصول عليها في حالة ما اذا حصل على الطلاق ، وهي أن يتزوج للمرة الثانية ، في حين تبقى زوجته مرتبطة به ويستحيل عليها الزواج مرة أخرى .

وفعلا رفضت المحكمة الفرنسية الحكم بالطلاق ، ولكن ليس على أساس الغش ، وانما على أساس أن المحاكم ليس لها أن تنتقد فكرة التجنّس الذى هو عبارة عن عمل ادارى . وقد أيدتها في ذلك محكمة النقض في 5 فبراير 1929 .

---

(1) جوليان فيربلانس ، المرجع السابق ، ص 24 .
ــ وأنظر أيضا : Juris Classeur, D. I. P. ، المرجع السابق ، fasc. 535, p.2 .

وعلى كل ، فان معظم الفقهاء انتقدوا القضاء الفرنسي في عدم تطبيق الجزاء على الغش نحو القانون الأجنبي ، وقالوا انّه اذا كان القاضي الفرنسي يأبى الخضوع لسلطان قانون أجنبي ، فينبغي له على الأقل أن يرتّب الجزاء على التصرفات المخلة بالآداب العامة . (1)

وفعلا بدأ القضاء الفرنسي يغيّر اتجاهه بصدد قضية ماسيمو آدمس Massimo – ADAMS التي تتلخص وقائعها فيما يلي :

انّ داون آدمس Dawn ADAMS من جنسية بريطانية تزوجت في روما في 29 أفريل 1954 من السيد فيتوريو ايمانويلي ماسيمو Vittorio Emmannuelli Massimo من جنسية ايطالية . وفي 21 نوفمبر 1958 دعيا الى محكمة روما لمحاولة الصلح بينهما على إثر طلب التفريق الجثماني من طرف الزوجة . وسمحت لهما المحكمة بأن يقيما مفترقين ، ومن ذلك العهد انتقلت الزوجة الى فرنسا ، وحصلت على البطاقة المؤقتة من 22 أفريل 1959 الى أول أفريل 1960 . في حين بقي زوجها في روما ، وفي 21 سبتمبر رفعت الزوجة دعوى الطلاق أمام محكمة السين ضد زوجها على أساس أنه يجوز للأجنبي المقيم بفرنسا أن يخضع للمحاكم الفرنسية حتى لو كان المدعى عليه مقيما بالخارج .

لكن محكمة السين رأت أن الزوجة من أصل بريطاني وقد أكسبها زواجها جنسية زوجها الايطالية ، وبالتالي فهي لا تخضع لحكم القانون الفرنسي ، هذا من ناحية ، ومن ناحية ثانية ، لقد اغتنمت فرصة الاقامة المنفردة التي قضت بها محكمة روما ، واتخذت لنفسها موطنا بفرنسا حتى تتمكن من التهرب من أحكام

(1) المرجع السابق الاشارة اليه Juris Classeur, Fasc. 535, p.2.
- Paul Lerebours Pigeonniere et Yvon Loussouarn, Droit international privé, précis Dalloz, Neuvième édition, 1970. p. 370.

— وأنظر أيضا : باز ، المرجع السابق ، ص 387.

القانون الايطالي ، لذلك قضت محكمة السين بأن محكمة روما هي التي يرجع اليها الاختصاص بالنظر في هذه القضية باعتبارها محكمة الموطن . (1)

ونشير الى أن المحاكم الفرنسية أصبحت ترى أيضا أن من حقها النظر في طلاق الأجانب لاسيما بعد طرح قضية شيفل و باتينو (2) Scheffel et Patino . وأيضا نظرا لتطبيق المادة 59 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي تقضي بأن للقضاء الفرنسي أن يقبل من الأجنبي المقيم بفرنسا أن يخضع زوجته للقانون الفرنسي ، ومن خلال هذه المادة يتجلى لنا المجال الواسع الذى تفسحه في ارتكاب الغش في حالة ما اذا اتفق الزوجان على الطلاق .

وفيما يلي نتعرض للحالات التي يطبق فيها القانون الفرنسي على الأجانب .

ان تطبيق القانون الفرنسي على طلاق زوجين أجنبيين قد يؤدى الى حمل الأفراد على ارتكاب الغش نحو القانون الأجنبي اذا كان يعود له الاختصاص أصلا ، فاذا كان أحد الزوجين فرنسيا ، فان تطبيق القانون الفرنسي له مبرراته ، اذ نكون بصدد مشكل تنازع بين القوانين ، وتنتفي فكرة الغش ، ومع ذلك يمكن أن يحدث الغش عند تطبيق القانون الفرنسي في الحالات التالية :

---

(1) Revue Critique du droit international privé, année 1960, pp. 218 - 221.

(2) Revue Critique du droit international privé, année 1949, p. 557.

1 — اذا كان أحد الزوجين فرنسيا :

ان تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم طلاق زوجين تكون جنسيتهما مختلفة ، يعتبر من الموضوعات الشائكة في مجال القانون الدولي الخاص ، ولقد طبقت محكمة النقض الفرنسية القانون الفرنسي في طلاق فرنسية من ايطالي.(1)

وتتلخص هذه القضية في أن السيدة فيرارى Ferrari التي كانت متزوجة بايطالي ، حصل بينها وبين زوجها تفريق جثماني رضائي ، ثم ذهبت الى فرنسا وطلبت انقلاب الانفصال الى طلاق ، طبقا للقانون الفرنسي ، فرفضت محكمة النقض طلبها في 6/7/1922 ، فتجنّست بالجنسية الفرنسية ، أو بعبارة أدق ، استردت جنسيتها الفرنسية ، وطلبت الطلاق مباشرة طبقا للقانون الفرنسي ، فقضى لها بالطلاق ، وأيدت الحكم محكمة النقض في 14/3/1923.

اذن فاذا كان الزوجان من جنسية مختلفة وأدى انفصالهما الى رجوع المدعي الى الاقامة في فرنسا ، ومن باب أولى اذا كان موطنهما المشترك في فرنسا ، فيبدو من الصعب على المحاكم الفرنسية أن تمتنع عن تطبيق القانون الفرنسي بحجة احترام قانون أجنبي ، خاصة بعد اعتناق قضاء ريفير Riviére الذى رأى فيه القضاء الفرنسي تطبيق قانون الموطن المشترك على طلاق بين زوجين مختلفين جنسية ، وان كان هذا القضاء قد انتقد (2) في حالة ما اذا كان قانون جنسية الزوج الأجنبي لا يبيح الطلاق . لهذا لقد قضت محكمة السين في حكم لها صادر في 27 جانفي 1956 (3) بأنه يقتضي الرجوع الى

---

(1) جان باز ، المرجع السابق ، ص 337.

(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 357 بند 459.

(3) Revue critique du droit international privé, année 1956, p. 497.

نصّ المادة 3 فقرة 3 من القانون المدني الفرنسي التي تحيلنا الى قانـــون الجنسية ، أى الرجوع الى النظام الذى يقضي بتطبيق القانون الأكثر شدة ، لكنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الرأى [1] . وقبلت تقرير الطلاق بين الايطاليّين والفرنسيّين Franco - Italiens الذين يكون موطنهم فرنسا ، مهما كانت جنسية المدعي .

ونلاحظ أن محكمة النقض قد خالفت أحكام القانون الايطالي من ناحية ، ولكن من ناحية أخرى ، فاننا لا نخشى أى خطر يتمثل في الغش ، اذ لا يستطيع المدعي أن يحتج بالطلاق في ايطاليا ولا في أى بلد لا يبيح الطـلاق . [2]

أما اذا كان موطن الزوجين في الخارج ، ففيْ هذه الحالة لا بد لنا من معرفة مدى احترام المحاكم الفرنسية لقانون الموطن حين يكون في بلد أجنبي .

لقد صدر من القضاء الفرنسي حكمان [3] قضى فيهما بعدم الاعـــتراف بالطلاق لامرأتين فرنسيّتين ضدّ زوجيهما الأجنبيّين استنادا الى أن قانـــون الموطن ما هو الاّ القانون الشخصي للزوجين ، وبالتالي فلا يجوز لهما طلـب الطلاق .

ونشير الى أن الحياة الزوجية اذا انتهت ، فانها غالبا ما تؤدى الى عودة أحد الزوجين الى بلده الأصلي ، وبالتالي يتعذر الاستناد الى قضـــاء ريفيير Rivière الذى يقضي بتطبيق قانون الموطن المشترك للزوجـــين ، حيث لا يكون هناك موطن مشترك ولا جنسية مشتركة ، ومن ثمّ فالاستناد الـــى هذا القضاء يعد بدون جدوى . وقد طرحت هذه المسألة على محكمة النقض [4]

(1) Revue critique du droit international privé année1959, p.482.

(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 353 بند 459 .

(3) Revue critique du droit international privé année 1964, p.693. et Revue critique du droit international privé, année 1960, p.223.

(4) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 359 بند 460 .

اذ طلبت فرنسية الطلاق من زوجها الأجنبي القاطن في الخارج ، فقضت المحكمة بأن الطلاق في هذه الحالة يطبق عليه قانون القاضي الذي يعود له الاختصاص .

وهكذا أصبح قضاء ريفيير غير ذى فائدة في حالة ما اذا كان فرنسي وزوجته متوطنين أو مقيمين في بلد أجنبي ، فاذا أراد الزوج الفرنسي الخضوع الى قانونه الشخصي ، فما عليه الا أن يعود الى فرنسا ، وأن ينفي وجود الموطن المشترك بينه وبين زوجته . وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس في 26 جانفي 1965 ، اذ رفضت طلب الطلاق لفرنسية بسبب احترام قانون الموطن الموجود في الخارج ، والذى كان يعدّ بمثابة القانون الشخصي لزوجها ، فأثبتت المدعية بأنها أقامت في باريس منذ أحد عشر شهرا قبل أن ترفع دعوى الطلاق ، فاستنتجت المحكمة من ذلك نية رجوعها الى باريس والاقامة فيها .

ويلاحظ أخيرا أن قضاء ريفيير ، قد تغيّر بصدور قانون 11/ 7/ 1975 الذى نصّ في المادة 310 على أن يطبّق القانون الفرنسي فيما يتعلق بالطلاق والتفريق الجثماني في الحالات التالية :

1 ـ اذا كان كل من الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية .

2 ـ اذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا .

3 ـ حين لا يعترف أى قانون أجنبي باختصاصه ، وتكون المحاكم الفرنسية مختصة ، ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي للنظر في الطلاق والتفريق الجثماني .

2 ـ اذا كان الزوجان أجنبيّين :

أ ـ اذا كانا من جنسية واحدة :

ان قاعدة التنازع الفرنسية تشير في هذه الحالة الى تطبيق القانون الوطني للزوجين ، وهنا يظهر خطر الغش حين يكون الاختصاص للقانون الأجنبي ، ويكون هذا الأخير يقضي بتطبيقه على جميع المواطنين أينما أقاموا .

فاذا كان القانون الأجنبي يخضع الطلاق لنفس الشروط التي يخضعها له القانون الفرنسي ، تنتفي فكرة الغش ، لا سيما اذا كانت الشروط التي يقتضيها القانون الأجنبي أكثر تساهلا Plus liberales ، ولكن تثار فكرة الغش [1] حين يكون القانون الأجنبي أكثر تشددا من القانون الفرنسي ، لاسيما اذا كان لا يعترف بالطلاق بتاتا ، اذ في هذه الحالة ، اذا كان الزوجان متفقين على الطلاق ، فلا يتمسكان أمام القاضي الفرنسي بتطبيق القانون الأجنبي ، اذ كما رأينا سابقا ، ليس للقاضي الفرنسي أن يطبّق القانون الأجنبي الّا اذا تمسك به الأطراف ، واذا كانت محكمة النقض قد غيّرت من هذا الاتجاه ، وقضت بتطبيق القانون الأجنبي بمجرد أن تشير قاعدة الاسناد الفرنسية الى تطبيقه .

على كل ، فان فكرة الغش تضعف لأن الطرفين لا يمكنهما الادعاء بأنهما مطلقان في حالة ما اذا رجعا الى وطنهما الأصلي الذى لا يبيح الطلاق ، أو اذا انتقلا الى بلد أجنبي يأخذ بنفس الحكم ، وذلك حتى لو أعاد كل منهما الزواج ، حتى لا يتهمان بتعدد الزوجية [2] . (Bigamie)

---

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 361 بند 464.

(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 361 بند 464.

أما اذا كان الزوجان غير متفقين على فكرة الطلاق ، فان القضاء الفرنسي لا يستطيع أن يقضي به طالما اعترض أحدهما عليه باثارة القانون الوطني الموحّد وبالتالي فما على الزوج الثاني اذا أراد الحصول على الطلاق ، الّا أن يتجنّس بالجنسية الفرنسية .

ونشير هنا الى أن القانون الأجنبي الذى أحالت عليه قاعدة التنازع الفرنسية اذا أحال هو بدوره على قانون الموطن ، ففي هذه الحالة لا تطرح مسألة الغش اذا كان القانون الأجنبي يقضي في أحكامه بالطلاق ، أما اذا كان لا يبيح الطلاق كما هو الحال بالنسبة الى القانون البرازيلي أو الأرجنتيني ، (1) فاذا كان للزوجين موطن حقيقي في فرنسا ، وكانت لديهما نية الرجوع الى بلدهما الأصلي ، فان المشكل لا يتعدى أن يكون مشكل تنازع بين القوانين ، وما على القاضي في هذه الحالة الّا أن يستجيب لطلبهما طالما أمرّا على الامتثال لأحكام قانونه ، ولكن يشترط أن ينذرهما بأن طلاقهما لا يمكن أن يقبل في وطنهما الأصلي ، كما أنّ عليه أن يرفض الطلاق اذا أراد الزوجان الخضوع الى أحكام القانون الأجنبي (أى قانونهما الوطني الذى لا يبيح الطلاق) ، اذ يجب على القاضي الفرنسي أن يحتاط للغش الذى يمكن أن يرتكبه الزوجان في هذه الحالة نحو قانونهما الوطني ، وذلك برفض النظر في النزاع المطروح أمامه ، وهذا ما فعلته محكمة باريس في 21 ديسمبر سنة 1956 ، حين رفضت النظر في طلب الطلاق الذى رفعه أمامها برازيلي وذلك ضمن شروط مشكوك فيها . (2)

---

(1) برنارد أودى ، المرجع السابق ، ص 363 بند 466.

(2) Revue critique du droit international privé année 1957, p. 641.

ب — اذا كان الزوجان الأجنبيان من جنسية مختلفة :

في هذه الحالة اذا طلبا الطلاق طبّق عليهما قضاء ريفيير الذى يطبّق قانون الوطن المشترك للزوجين ، ولكن لابد أن نشير هنا الى أن هذا القضاء كان بصدد طلاق فرنسي بأجنبية ، ورغم ذلك فقد طبّق هذا القضاء على طلاق زوجين أجنبيّين ، جنسيتهما مختلفة ، وهنا يمكن أن نتساءل ألا يشجع القضاء الفرنسي على ارتكاب الغش نحو القانون الأجنبي الذى يعود اليه الاختصاص أصلا ؟ (1)

ثانيا — الغش نحو القانون في القانون الجزائرى

1 — الزواج :

يسند القانون الجزائرى هو الآخر حكم الأحوال الشخصية للقانون الوطني ، ومنها أيضا أهلية عقد الزواج ، هذا ما يتضح لنا من نص المادتين 11 و 13 من القانون المدني الجزائرى .

المادة 11 : " ان الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج يطبّق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين " .

المادة 13 : " يسرى القانون الجزائرى وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 اذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج الاّ فيما يخص أهلية الزواج " .

يتضح لنا من خلال هاتين المادتين ، أن الشروط الموضوعية الخاصة بعقد الزواج ، يجب أن تخضع للقانون الجزائرى ، سواء كان كل من الزوجين

---

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 363 بند 467 .

جزائريا أو كان أحدهما جزائريا عند ابرام العقد ، ما عدا ما يتعلق بالأهلية ، اذ تظل خاضعة للقانون الوطني لكل من الزوجين .

هذا اذا أبرم الأفراد عقد الزواج داخل التراب الوطني .

ولكن ما حكم الزواج الذى يتم خارج التراب الوطني ؟

تنص المادة 97 من قانون الحالة المدنية رقم 70 — 20 الصادر فـــي 19 فبراير سنة 1970 على ما يلي :

" ان الزواج الذى يعقد في بلد أجنبي بين جزائريّين أو بين جزائـــرى وأجنبية يعتبر صحيحا اذا تمّ حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد ، شريطة ألا يخالف الجزائرى الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لامكان عقد الزواج .

ويجرى مثل ذلك بالنسبة الى الزواج الذى عقد في بلد أجنبي بـــين جزائرى وأجنبية وتمّ أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصليـــة أو قناصل الجزائر ، طبقا للقوانين الجزائرية .

غير أنه اذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد المضيف ، فان هذا الزواج لا تتم مراسمه الاّ في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم " .

تقضي هذه المادة بأن عقد الزواج الذى يتم في الخارج بين جزائريّــين أو جزائرى وأجنبية ويتم حسب الأوضاع المألوفة يكون صحيحا .

ولكن يمكن أن نتساءل عما هو المقصود بالأوضاع المألوفة ؟ هل يقصد بها الناحية الشكلية ؟

في حالة الايجاب ، يتبين لنا أن القانون الجزائرى قد طبّق على عقـــد الزواج قاعدة Locus regit actum ، أى خضوع الشكل لقانون محل ابرامه ، ومن هنا يتبادر الى ذهننا السؤال التالي ، اذا كان البلد الأجنبي الذى تـــمّ

فيه عقد الزواج يعتبر الناحية الشكلية في الناحية الدينية ، فهل يعتبر عقد الزواج الذى تمّ بين جزائريين أو جزائرى وأجنبية زواجا صحيحا ؟

اذا كانت محكمة النقض الفرنسية — كما رأينا سابقا — قد اعتبرت الزواج الذى يتمّ في الشكل الديني لا يتعلق بالناحية الموضوعية في عقد الزواج ، فان القانون الجزائرى يعتبر الزواج الذى يتم في هذا الشكل الديني زواجـــا باطلا ، لأنه يتنافى مع القيم الدينية التي تسود في الجزائر ، كما يتنافى مع مقتضيات النظام العام الجزائرى ، اذ أن المادة 24 من القانون المدنـي الجزائرى نصّت على أنه : " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة اذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة " .

اذن فان كل زواج تمّ في الخارج بين جزائريّين أو جزائرى وأجنبية فـي الشكل الديني غير الدين الاسلامي يعتبر زواجا باطلا . بل ان المادة 97 من قانون الحالة المدنية تشترط في الزواج الذى يتمّ في الخارج ألاّ يخالف الشروط الأساسية أو بالأحرى الموضوعية التي يتطلبها القانون الجزائـــرى وتتمثل هذه الشروط في الأمر 274 — 59 الصادر في 1959/2/4 ، وهـي كما يلي :

1 — أن يتم الزواج بناء على الرضاء الشخصي الصريح للزوجين .

2 — أن يحصل الرضاء بصفة شفهية وعلانية من كل منهما شخصيا .

3 — أن يتم العقد بحضور شاهدين بالغين .

4 — أن يتم العقد أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية المختص .

5 — أن يكمل رضا القاصر أو المحجور عليه برضاء ممثله القانوني .

6 — أن يكون الزوج قد بلغ سن 18 والزوجة سن 16 سنة .

7 — أن يحصل الزوج الذى لم يبلغ هذه السن على اذن من المحكمة .

تلك هي الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج الذى يتم بين الجزائريين أو جزائرى وأجنبية حتى يعتبر صحيحا ، فاذا تخلف أحد هذه الشروط كان العقد باطلا ، هذا ويلاحظ أن القانون الجزائرى لم يصرح بأن زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا باطلا ، ذلك أنه من الممكن جدا أن تقوم المرأة الجزائرية المسلمة بتغيير موطنها تعمد ابرام عقد الزواج في الخارج ومع أجنبي غير مسلم ، ثم تدّعي أن القانون الجزائرى لم يضع نصا يحرّم الزواج بين مسلمة وغير مسلم اذا كان هذا هو الواقع من حيث عدم وجود نص ، فان زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر باطلا في نظر القانون الجزائرى ، ويطبّق القضاء في مثل هذه الحالة نصّ المادة 24 من القانون المدني الجزائرى المتعلقة بفكرة النظام العام ، اذ أن زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر زواجا مخالفا للنظام العام الجزائرى ، بل ان المشروع التمهيدى لقانون الأسرة الذى طرح للمناقشة في 1981 نصّ في المادة 27 منه على ما يلي :

" لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم ، ويخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين الى اجراءات تنظيمية " .

اذن يتضح لنا من خلال هذه المادة أن زواج المسلمة بغير المسلم يعتبر باطلا ولا يمكن أبدا أن يحدث التحايل والغش فيه . ولكن يمكن أن يحدث غش نحو القانون الجزائرى في حالة ما اذا ادّعى الزوج الأجنبي أنه مسلم ، فهل يرفض القضاء الجزائرى ادعاءه على أساس فكرة الغش والتحايل على القانون الجزائرى ؟ أو أنه يأخذ باسلامه ويعتبر العقد صحيحا ، وبهذا يكون قد انتهج نهج محكمة النقض المصرية التي طبّقت الحديث الشريف الذى أنّب شخصا تشكك في صدق عقيدة آخر بقوله : " هل شققت قلبه ؟ " وكذلك الآية الكريمة التي تقول : " ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلام لست مؤمنا تبتغون عرض الحياة الدنيا " .

2 ـ الطـلاق في الجزائـر :

تخضع الجزائر أحكام الطلاق الى الشريعة الاسلامية الغرّاء التي تمنح لكل من الزوجين اللذين استحال عليهما الاستمرار في الحياة الزوجية الحق في طلب الطلاق سواء كان برضائهما معا أو برضاء أحدهما . وهذا ما يتضح لنا من خلال مشروع قانون الأسرة الذى نصّ في مواده : 43 و 44 و 45 بما يلي :

فالمادة 43 تنص على ما يلي :

" الطلاق حلّ عقدة الزواج وهو بيد الزوج ولا يثبت الّا بحكم بعـــد محاولة الصلح " .

والمادة 44 تنص على ما يلي :

" اذا أصرّ الزوج على الطلاق بعد محاولة الصلح حكم القاضي بفـــك العصمة حكما غير قابل للاستئناف وأثبت حق الزوجة في السكن والتعويض عن الضرر اللاحق بها اذا تبين للقاضي أن الزوج متعسف في استعمال حقه ".

والمادة 45 تنص على ما يلي :

" يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق للأسباب التالية :

1 ــ عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 67 و 68 و 69 من هذا القانون .

2 ــ للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3 ــ للضرر المعتبر شرعا كمخالفة الزوج لما ورد في المادة 38 .

4 ــ للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

5 ــ للحكم بعقوبة مشينة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة .

6 ــ للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة " .

كل هذه المواد تثبت لنا أن القانون الجزائري يأخذ بفكرة الطلاق سواء كان طلب الطلاق من جانب واحد أو من الجانبين ، وبالتالي فلا يمكن تصور وقوع الغش والتحايل من طرف الجزائري سواء كان رجلا أم امرأة ، اذ يتسنى لكل منهما طلب الطلاق في التراب الجزائري ، وليس هناك داع يحثهما على تغيير الجنسية أو الموطن للحصول على الطلاق في بلد أجنبي طالما كانت شريعتنا وبلادنا تسمح بالحصول عليه لأسباب جدية ، بل بالعكس يمكن أن نتصور هروب الأجانب من قوانينهم الوطنية اذا كانت هذه الأخيرة متشددة أو كانت تحرّم الطلاق ، وبالتالي يتحقق الغش نحو القانون الأجنبي اذا ما لجأوا الى طلب الطلاق في الجزائر .

* * *

المبحث الثاني

الغش في التصرفات

المطلب الأول

من الناحية الموضوعية

يعرّف العقد الدولي بأنه هو العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي ، أما العقد الداخلي فهو الذي تكون جميع عناصره وطنية ، وبالتالي فلا يثير تنازعا بين القوانين ، ولا مجال فيه لاختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق ، في حين أن العقد الدولي يثير تنازعا بين القوانين لأن لارادة المتعاقدين دورا هاما في هذا المجال .

هذا وقد طرحت نظريتان في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، الأولى تسمى النظرية الشخصية ، والثانية تسمى النظرية الموضوعية .

أولا — النظرية الشخصية :

تجمع آراء فقهاء النظرية الشخصية على الاعتراف للأطراف بحق اختيار القانون الذى يحكم العقد الدولي ، وأن لهم أن يختاروه صراحة أو ضمنا ، فاذا تعذّر استخلاص ارادتهم الضمنية ، فيجب أن نطبق على العقد قانون البلد الذى يرتبط العقد به ارتباطا وثيقا ، ويضيف جانب من فقهاء هذه النظرية أنه يجوز للأطراف أن يختاروا أى قانون حتى لو لم تكن له أية صلة بالعقد ، أو بعبارة أخرى أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد . (1)

نقد هذه النظرية :

انتقدت هذه النظرية بأنها تفتح الباب على مصراعيه لارتكاب الغش ، ذلك لأن كل مشرع ينص على قواعد آمرة وعلى قواعد مقررة في مجال العقود ، وبالتالي فلا يجوز للأفراد مخالفة القواعد الآمرة ، كما أن قاعدة التنازع التي عينها الأطراف لحكم العقد الدولي ، قاعدة لا يمكن قبولها بدون قيد ، لأنها تجعل تطبيق القوانين الآمرة خاضعا لارادة الأطراف(2) . لهذا نادى بعض فقهاء النظرية الشخصية بأن اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم العقد يجب أن يخضع لرقابة القاضي ، حتى لا يكون في الاختيار غش ، ويضيفون الى ذلك أن اختيار القانون يجب أن يكون جديا وعن حسن نية .

كل هذه الشروط التي نادى بها فقهاء النظرية الشخصية كان الغرض منها الاحتياط وتفادى وقوع الغش نحو القانون ، كما راعى فقهاء النظرية

---

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 372 بند 476 .
— وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 422 بند 132 .
— وأنظر أيضا : Juris Classeur, en D.I.P., fasc. 535 , p. 8.
(2) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 373 بند 476 .

الشخصية متطلبات النظام العام ، وقرروا أن على القاضي أن يستبعد القانون الأجنبي الذى اختاره الأطراف لحكم العقد في حالة ما اذا تعارض مع مقتضيات النظام العام .

وأخيرا نلاحظ أن النظرية الشخصية تستند الى مبدأ عام ، وهو أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الذى اختارته ارادة الأطراف، ولكن اذا قصد الأطراف تجنّب قاعدة آمرة في القانون الذى يعود له الاختصاص فيكونون قد ارتكبوا غشا نحو القانون ، ويجب البحث عن نية الأطراف في ارتكاب الغش أو عدم ارتكابه .

ثانيا ـ النظرية الموضوعية :

تختلف النظرية الموضوعية عن النظرية الشخصية في أن الأولى تنبذ اختيار الأطراف للقانون الذى يحكم ارادتهم ، بينما ترى النظرية الموضوعية أنه يوجد قانون prodestiné (1) معدّ سلفا لحكم كل عقد ، وفي اطار هذا القانون المعدّ سلفا يمكن الأطراف أن يمارسوا حريتهم في اختيار قواعده القانونية ، كما أن الاحالة على قانون أجنبي ليست لها قيمة ملزمة ، ولا تفرض على القاضي الّا اذا كانت أحكام القانون الذى اختارته ارادة الأطراف أحكاما مكمّلة .

نقد هذه النظرية :

اذا كانت النظرية الموضوعية لا تفسح المجال لوقوع الغش ، اذ تقيّد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، فانّها مع ذلك قد انتقدت من ناحيتين :

---

(1) برنار أودى ، المرجع السابق ، ص 379 بند 484.
ـ وأنظر أيضا : Juris Classeur, en Droit international privé, fasc. 535, p. 8.

1 — فهي عاجزة عن تقديم قاعدة تنازع قادرة على تعيين القانون المعدّ سلفا لحكم العقد .

2 — وهي تنكر تماما وجود نظام خاص تخضع له العقود الدولية ، ذلك لأن الحرية التي تخوّلها للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليست حرية نابعة من القانون الدولي ، وانما هي نابعة من القانون الداخلي ، فمثلا الحرية التي يعترف بها الفقهاء الفرنسيون ما هي الاّ تلك التي نصت عليها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي ، كما أنّ الفقيه جالب GALEB يعترف بها صراحة[1] ، اذ يقول : " ان القوانين المكمّلة هي مجال مبدأ سلطان الارادة ...".

اذن بعد عرض هاتين النظريتين يتضح لنا أنه لا يمكننا الأخذ بنظرية دون الأخرى ، ذلك لأن النظرية الشخصية تعطي حرية مطلقة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ، وبالتالي فمن الممكن جدا أن يتعسفوا في استعمال قواعد التنازع ، كما لا يمكن من جهة أخرى الأخذ بالنظرية الموضوعية التي تنفي كل حرية للأطراف في اختيار القانون الذى يريدون تطبيقه على العقد ، في حين أننا نسلم أن في المجال الدولي يتمتع الأفراد بحرية أكثر مما يتمتعون بها في المجال الداخلي .

* * *

---

(1) برنار أودي ، المرجع السابق ، ص 380 بند 485 .

المطلب الثاني

الغش في شكل التصرفات

حين ظهرت مشكلة تنازع القوانين في شمال ايطاليا كان من أهم ما لفت نظر الفقه والقضاء هو تعيين القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني ، وكانت الوصيّة(1) هي أول تصرف قانوني أثيرت بشأنه هذه المسألة التي تتمثل في أن شخصا من مودين Modéne ، أجرى وصية في فنيس Venise وفقا لأحوال هذه الأخيرة ، أي لقانون محل الوصية الذى يستلزم لصحة الوصيّة حضور ثلاثة شهود ، وذلك خلافا لما يقضي به قانون موديــن ، أى قانون الموصي من ضرورة حضور سبعة شهود لصحة الوصيّة ، وقد اعتبر القضاء الوصية صحيحة ، وأكد الفقه هذا الحل بحيث أصبح من المسلم به خضوع التصرف لقانون محل ابرامه ، ولم يفرّق الفقه آنذاك بين شكل التصرف وموضوعه ، بل أخضع كليهما لقانون واحد ، هو قانون محل الابرام ، أى لقاعدة Locus regit actum .
لكن هذه القاعدة يختلف تطبيقها بحسب ما اذا كانت هذه التصرفات ، تصرفات مالية أو تصرفات متعلقة بالأحوال الشخصية(2) ، فبالنسبة الى هذه الأخيرة ، فان الأطراف يلتزمون بالخضوع لهذه القاعدة ، ولا يجوز لهم الخروج عليها ، فمثلا في الزواج لا يجوز للزوجين عدم احترام قاعدة Locus regit actum ، واذا لم يحترماها فكثيرا ما يكون ذلك بقصد التهرب من الشكل الذى يتطلبه قانون محل ابرام الزواج . وبهذا تقوم نظرية الغش نحو قانون الشكل .

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 315 بند 263 .
ـ وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 465 بند 136.
ـ وأنظر أيضا : مذكرة علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 37.

(2) Juris classeur, Droit international privé, fasc.535, p.6.

ويلاحظ أن القضاء الفرنسي ، وخاصة محكمة النقض ، قد أبطل جميع عقود الزواج التي تمّت بقصد التهرب من أحكام المادة 170 مدني فرنسي التي تنص على اتباع الشكل اللازم لابرام عقد الزواج ، حيث تنص هذه المادة على ما يلي : (1)

" الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو فرنسيين وأجانب يكون صحيحا متى تمّ طبقا للشكل المطلوب في البلد الذى تمّ فيه ، بشرط أن يكون الاعلان عنه قد تمّ طبقا لما تقضي به المادة 63 بالنسبة الى الأعمال التي تدخل في اطار الحالة المدنية " .

أما في التصرفات المالية ، فان للأطراف حرية اختيار العمل بقاعدة Locus regit actum ، اذ يبدو أن لهذه القاعدة طابعا اختياريا (2) ، وبالتالي فمن الصعب أن تثار فكرة الغش في شكل هذه التصرفات لأن أطراف العقد لهم حرية اخضاع تصرفاتهم كما يشتهونه ، ولكن هذا لا يعني أن قاعدة Locus regit actum قاعدة مطلقة ، بل هي مقيّدة .

ويلاحظ أن المادة 999 مدني فرنسي ، قد نصت على أن كل فرنسي له أن يحرر وصيته في شكل عرفي أو في شكل رسمي طبقا لما يقضي به قانون المحل " .

---

(1) Art:170 " Le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et ètrangers sera valable s'il a été célebré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été precédé de la publication prescrite par l'article 63 au titre des actes de l'état civil " .

(2) جوليان فيربلاتز ، المرجع السابق ، ص 43 .
— وأنظر أيضا : Juris Classeur en Droit international privé, fasc. 535, p. 6.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن للموصي أن يحرر وصيته طبقا للشكل المطلوب في قانونه الوطني أو طبقا للشكل المطلوب في البلد الـذي تمت فيه . (1)

أما اتفاقية لاهاي La haye المبرمة في 5 أكتوبر 1961 والمتعلقة بتنازع القوانين فيما يتعلق بشكل الوصايا ، والتي طبقت في 13 نوفمبر 1967 ، والمنشورة بمرسوم 12 ديسمبر 1967 ، فقد وسعت في حرية اختيار قانون الشكل باضافة امكان اخضاع الوصية لقانون محل الموصي أو لقانون محل اقامته العادي سواء كانت هذه الاقامة أثناء ابرام الوصية أو أثناء وفاته .

وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 19 منه على ما يلي :

" تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين " .

يتضح لنا من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري جعل للأطـراف الخيار في اخضاع شكل التصرف إما لقانون المحل وهو الأصل ، وإما لقانون جنسية المتعاقدين اذا اشتركا جنسية ، فاذا خرج الأطراف عن هذين القانونين كان غرضهم من ذلك التحايل على أحكام القانون الشكلية ، ومن ثم تقوم نظرية الغش .

وتعود الحكمة في اخضاع شكل التصرف لقانون المحل (2) الى ملاءمة الشكل المحلي لسلامة المعاملات بين الناس ، اذ أن قواعد هذا الشكل تكون بالضرورة سهلة المعرفة لدى المتعاقدين ، وأقرب منالا لهم ، لا سيما اذا ما اقتضى الأمر أن يتقدموا الى من يقومون في هذا المحل بتحرير العقـود ،

(1) Juris Classeur en Droit international privé , fasc.535, p. 6.

(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 88 .

واذا احترم المتعاقدون الشكل الذى يتطلبه قانون المحل كان ذلك أدعى الى طمأنينتهم على صحة تصرفاتهم وعلى سلامتها من حيث المظهر . وبما أن الاعتبار الأول في تطبيق قاعدة Locus regit actum هو تيسير المعاملات وتسهيل الحصول على ما يقضي به القانون المحلي لصحة الشكل ، فاذا كان المتعاقدان أعرف بقواعد الشكل التي يتطلبها قانون جنسيتهما المشتركة ، فلهما أن يختارا تطبيق هذا القانون على شكل تصرفهما . (1)

ما هي الأشكال التي تخضع لقانون الشكل ؟

هناك أشكال مقررة لاثبات التصرف ، وأشكال مقررة لانعقاده وأشكال خاصة بشهر التصرفات ، وأشكال مكمّلة للأهلية ، فأى هذه الأشكال يخضع لقانون الشكل ؟

ففيما يتعلق بالشكل المطلوب لانعقاد العقد ، يرى القضاء الفرنسي ، وتسايره أغلبية الفقه هناك أنه يدخل في مفهوم الشكل ويخضع لقاعدة Locus regit actum ، وقد قضت بذلك محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام لها ، ومن ضمن أحكامها حكم بصحة هبة عقار تمّ في شكل عرفي بين فرنسيين في كندا ، لأن القانون في كندا يتقبل الهبة في هذا الشكل مع أن القانون الفرنسي يستلزم فيها الرسمية ، ومع ذلك فالفقه والقضاء هناك يستثنيان الشكل المطلوب اجراؤه أمام موثق ، مثل الرهن الرسمي ، ويقولان ان هذا الشكل لا يخضع لقاعدة Locus regit actum ، بل يجب أن يعتبر قاعدة موضوعية واجبة الاجراء .

---

(1) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 39 .

أما في القوانين العربية[1] فيعتبر الشكل المطلوب لانعقاد العقـــد قاعدة موضوعية شرّعت لحماية رضاء العاقد .

فالشكلية حينئذ تكمّل الأهلية ، وبالتالي تخضع لقانون الجنسيـــة ، ولا تدخل في مفهوم الشكل الخاضع لقاعـــدة Locus regit actum .

وأما الأشكال المتعلقة بشهر التصرفات ، فمن المتفق عليه أن شهر التصرفات العقارية بطريق التسجيل أو القيد يخضع لقانون موقع العقار ، اذ أنها شرّعت لاعلام من يهمهم أمر التصرف في العقار ولضمان سلامة المعاملات ، فهي اذن من قواعد الأمن المدني ، ولا تدخل في نطاق الشكل ، وبالنسبة الى شهر التصرفات الواقعة على المنقول يرى القضاء الفرنسي اخضاعها لقانون الموقع الفعلي للمنقول ويلحقها بوسائل كسب الحق على هذا المنقول .

وأما الأشكال المكمّلة للأهلية [2] les formes habilitantes مثـــل شكل الاذن للوصي أو للقيم بالتصرف ، فانّها أشكال تتصل بحماية ناقص الأهلية وتخضع لقانون جنسية هولاء الأشخاص .

وأما الأشكال المطلوبة لاثبات التصرف ، مثل تحرير الورقة كتابة ، أو شهادة الشهود ، أو اثبات التاريخ ، أو التوقيع أو التصديق عليه ، فان الفقه في فرنسا يدخلها في نطاق قانون المحل ويخضعها لقاعدة Locus regit actum .

ويعتبر الفقه الفرنسي أن تسليم محل العقد في العقود الرضائية يدخل في مفهوم الشكل الخارجي ، لأنه أثر من آثار العقد ، أما في العقود العينية ، فيعتبر التسليم ركنا فيها ، ويدخل في نطاق الموضوع ، ومع ذلك فان محكمـــة النقض الفرنسية أصدرت عدة أحكام قضت فيها بأن التسليم في هبة المنقول يدخل في نطاق الشكل ويخضع لقاعدة Locus regit actum .

---

(1) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 89 .
(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 90 .

وخلاصة القول أن الشكل الذى يخضع لقانون المحل هو الشكل المادى الخارجي ، ويرى سافيني SAVIGNY ، أن معنى الشكل الخارجي ، المظهر الخارجي الذى تبين به الارادة وتظهر بحيث تقع تحت البصر ، أو بعبارة أخرى هو ينحصر في الأوضاع التي يحددها القانون لافراغ الارادة فيهما ، وهو يفرّق في التصرف بين جوهره ، ويسمّيه Negotium وبين شكله ويسميه instrumentum .(1)

هذا ويتضح لنا أخيرا من خلال هذا المبحث أن الغش نحو القانون قد يرتكب من الناحية الشكلية للتصرف أو من الناحية الموضوعية ، وقد يعمد الأطراف الى تجنّب القوانين المتشددة بقصد الخضوع للقوانين الأكثر سهولة ومرونة لتحقيق مصالحهم الشخصية .

* * *

---

(1) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 91 .

الفصل الثالث

جـــزاء الــغــــــش

في هذا الفصل نستعرض للجزاء الذى يترتب على الغش ، وسوف نقسّمه الى مبحثين ، المبحث الأول نتساءل فيه عما اذا كان الجزاء الذى يترتب على الغش يؤدى الى بطلان الجزء الذى وقع فيه الغش ، وفي المبحث الثانـــي نتساءل عما اذا كان الجزاء الذى يترتب على الغش يؤدى الى بـطـــــلان التصرف كله .

* * *

المبحث الأول

هل يترتب على الغش بطلان الجزء الذى وقـع فيه الغش

أو بالأحرى : هل يطبّـق البطلان الجزئـي

يرى الفقه التقليدى في فرنسا أن جزاء الغش يقتصر على الجزء الـذى وقع فيه الغش ، أى على النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها دون الوسيلة(1) التي اتخذها للوصول الى هذه النتيجة ، وذلك لأن النتيجة هي التي تعتبر غير مشروعة .

---

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 166 بند 158 .
ـ وأنظر أيضا : جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص 446 .
ـ وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 569 بند 151 .

أما الوسيلة فلا تنطوى على أية مخالفة للقانون ، مثال ذلك : اذا قام شخص بالتجلس بجنسية أخرى وفقا للشروط التي تتطلبها هذه الجنسية ، فان هذا التجنّس يظل سليما من الناحية القانونية ، أما النتيجة التي أراد تحقيقها من وراء هذا التجنّس وهي القيام بتصرف لا يسمح به قانون جنسيته الأولى ، كالطلاق ، فهي التي يتحصّن ابطالها فقط ، لأنها تمت بقصد التحايل على القانون ، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في القضية المشهورة للأميرة دى بوفرمونت ، اذ اكتفت المحكمة بالحكم بعدم الاحتجاج في فرنسا بالتطليق الذى حصلت عليه الأميرة وفقا لقانون جنسيتها الجديدة.

وخلافا لأحكام القانون الفرنسي ، ومن خلال هذا الحكم قضت بأن النتيجة هي التي يطبق عليها الجزاء دون الوسيلة[1] ، كما أنها قضت بعدم الاحتجاج بدلا من البطلان ، وهذا يرجع الى أنه يجوز للمشرع أو للقاضي الوطني في القانون الداخلي أن يبطل التصرف المشوب بالغش برمته ، بينما في مجال القانون الدولي الخاص يحدث العكس ، لأن هذه المسألة تصطدم بمشكل قانوني ، فمثلا حين تمنح دولة أجنبية لشخص ما جنسيتها ، فليس من حق قضاء دولة أخرى أن يطبق على هذا التجنّس البطلان ، لأن سلطة تطبيق هذا الجزاء ترجع الى المشرع الأجنبي ، بينما القاضي الأجنبي الذى يعرض عليه النزاع يحق له أن يعترض فقط على سريان هذه الجنسية ، فاذا تجاوز هذا الحد اعتبر أنه تعدى على القانون الادارى الأجنبي.[2]

---

(1) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 433 بند 375.

ـ وأنظر أيضا : عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 565 بند 151.

(2) لبوابيه ، Traité de D.I.P. ، المرجع السابق ، ص 659 بند 1090.

اذن فحسب هذا الاتجاه يكون جزاء الغش منصبا على جزء فقط من التصرف ، وهو الجزء الذى يشوبه الغش دون الجزء السليم ، أو بالأحرى يتناول النتيجة دون الوسيلة ، لأن هذه الأخيرة مشروعة ولا يجوز تطبيق الجزاء عليها .

نقد هذا الاتجاه :

انّ هذا الاتجاه يجافي المنطق القانوني السليم ، وذلك لأن القول بابطال النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة أى دون الاجراء القانوني الذى ترتبت عليه هذه النتيجة من شأنه خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة ، فالشخص الذى تجنّس بجنسية جديدة سيظل وفقا لهذا الرأى محتفظا بجنسيته الجديدة ، وستترتب على ذلك آثار قانونية عديدة . وفي الوقت ذاته سيظل الشخص خاضعا لأحكام قانون جنسيته الأولى بالنسبة الى النتائج التي أراد تحقيقها بتغيير جنسيته .

ومن الواضح أن هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية ، كما أن الفرد الذى يكتسب جنسية جديدة للهروب من أحكام قانون دولته الأولى بشأن تصرف معين ، لم تعد له أية مصلحة في استمرار جنسيته الجديدة ، ذلك لأن سبب دخوله فيها قد انتفى وهو القيام بالتصرف الذى تمّ ابطاله . (1)

* * *

(1) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 166 بند 158 .

المبحث الثاني

هل يترتب على الغش بطلان التصرف كلّه ؟

أو بالأحرى هل يطبق البطلان الكلي على التصرف المشوب بالغش ؟

يرى جانب من الفقه الحديث أنّ التصرف المشوب بالغش يجب أن يكون عديم الأثر سواء بالنسبة الى الوسيلة أو الغاية (1) ، أى يجب أن يبطل التصرف بكامله وعدم الاقتصار على ابطال النتيجة التي أراد الغاش الحصول عليها كالطلاق مثلا ، بل ابطال الوسيلة التي مكّنته من الحصول على هذا الطلاق ، كتغيير الجنسية مثلا ، حتى لو استوفت جميع الشروط اللازمة لصحتها ، وذلك لأن الباعث على القيام بهذا الاجراء ، أو بهذا التغيير لم يكن مشروعا ، ومن ثمّ يتعين عدم اعتداد القاضي به .

ويلاحظ أنّ هذا الحل لا يثير أية صعوبة اذا كان الغش قد تمّ عن طريق قيام الغاش باجراء قانوني معين كالتجنّس مثلا بجنسية جديدة ، ففي هذه الحالة يمكن ابطال الاجراء القانوني ، فتبطل بالتالي التصرفات المبنية عليه .

ولكن اذا تمّ التحايل بواسطة تصرف مادى ، كنقل المال المنقول من اقليم دولة الى أخرى بقصد التهرب من أحكام قانون دولة الموقع الأول ، ففي هذه الحالة لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت الى تغيير ضابط الاسناد بشكل كامل . ومن ثمّ فلا مفر من قصر الجزاء على منع

---

(1) عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 568 بند 151 .

ـ وأنظر أيضا : فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، ص 167 بند 158 .

ـ وأنظر أيضا : اسربور بيجونيير Lerebours Pigeonnière ، المرجع السابق ، ص 491 بند 372 .

النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها ، كالتهرب من أحكام قانون الموقع الأول بشأن نقل ملكية المنقول مثلا . وفيما عدا هذه النتيجة التي قصدها الغاش من وراء الغش ، فانه من غير المقبول الاستمرار في اعتبار الوسيلة نفسها كأن لم تكن ، أي اعتبار أن المنقول لم ينتقل الى اقليم الدولة الجديدة ، ورفض ترتيب أي أثر على هذا الانتقال ، اذ أن في ذلك انكارا لحالة واقعية ثابتة[1]، وهي وجود المنقول في الاقليم الجديد ، وعلى ذلك فان أثر الدفع بالغش يقتصر في هذه الحالة على النتيجة فقط ، فيبطلها . أما الوسيلة فتظل سليمة تنتج آثارها .

ولكن هل يسرى الجزاء المترتب على الغش على الغاش فقط أو يتعدى الى أشخاص آخرين ؟

الأصل أن كل الأشخاص الذين لم يمسهم الغش ينتج التصرف أثره ازاءهم كأي تصرف سليم . أما الجزاء فيسرى فقط على الغاش ، كما قد يسرى على أشخاص آخرين مثل أطراف التصرف القانوني أو الغير .

<u>في العلاقة بين الأطراف :</u>

من الممكن جدا أن يحدث أن يكون أحد الأطراف يجهل الهدف غير الشرعي الذي رمى اليه الطرف الثاني ، والحل في هذا الافتراض يكون مرتبطا باشتراط أو عدم اشتراط نية الغش[2] ، فان كان عنصر النية غير ضروري

---

(1) باتيفول ، المرجع السابق ، ص 367 بند 269 .

ـ وأنظر أيضا : نيبواييه ، Traité de D. I. P. ، المرجع السابق ، ص 360 بند 1091 .

(2) ليجيروبولو ، المرجع السابق ، ص 133 بند 49 .

لتطبيق الجزاء ، ففي هذه الحالة يطبّق الجزاء حتى لو كان حسن النية متوافرا لدى المتعاقدين أو لدى أحدهما ، فمثلا زواج المحارم الذى يتمّ بين الأقارب يجوز فيه الدفع بالغش ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما حسني النية .

أما اذا كان عنصر النية ضروريا لتطبيق الجزاء فان الطرف حسن النية لا يسرى عليه جزاء الغش .

بالنسبة للغير :

يجوز تطبيق الجزاء على الغير الذى ساهم في ارتكاب التصرف المشوب بالغش بارادته ، أما اذا كان قد ارتكب الغش عن حسن نية ، فيتعذر تطبيق الجزاء عليه .

* * *

الخاتمة

انتهينا من هذا البحث الى أن الغش نحو القانون لا يثار الا اذا وقع تنازع بين القوانين ، وتعرضنا لتطور هذا التنازع عبر العصور ، وكيف ظهر في عالم القانون ، ثم تكلمنا عن السبب الذى يحمل القاضي الوطني على تطبيق القانون الأجنبي بدلا من القانون الوطني ، وعن النظريات التي اقترحت لبحث الأساس الذى يقوم عليه تطبيق القانون الأجنبي ، وانتهينا الى أن أسلم نظرية لتطبيق القانون الأجنبي تتمثل في نظرية العدالة ، ذلك لأن العدالة لا تعترف بالحدود والحوائق بين الدول ، وبعد ما تناولنا نظريات أخرى تؤدى الى استبعاد القانون الأجنبي واحلال القانون الوطني محله ، اذ أن الغش نحو القانون لا يعتبر المانع الوحيد الذى يؤدى الى استبعاد القانون الأجنبي واحلال القانون الوطني محله ، ومن النظريات التي تعرضنا لها والتي تعتبر كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي ، النظام العام ، والمصلحة الوطنية ، وتنازل الأطراف عن تطبيق القانون الأجنبي .

وكل هذه الأفكار تعرضنا لها في الفصل التمهيدى .

أما في الفصل الأول المتعلق بأساس الغش نحو القانون ، فقد قلنا فيه أن هذه النظرية قد عرفت ووجدت أيضا في القوانين القديمة ، كالقانون الروماني ، والقانون الكنسي ، ثم بينا أن ظهور هذه الفكرة في القانون الفرنسي كانت بصدد القضية الشهيرة الخاصة بالأميرة دى بوفرومونت Beauffremont التي طرحت على القضاء الفرنسي ، وكيف أن هذا القضاء

بنى حكمه على هذه النظرية ، ثم تعرّضنا للشروط المختلفة التي اشترطها الفقهاء لتوافر فكرة الغش ، وانتهينا الى أن شروط الغش تتمثل في الشرط المادى ، الذى هو تغيير ضابط الاسناد ، والشرط المعنوى المتمثل في نية الغش ، وبعد ما تكلّمنا عن مختلف الآراء التي قيلت في الأساس الذى تقوم عليه هذه النظرية . وانتهينا الى أنها نظرية قائمة بذاتها suigeneris وأن أساسها هو المبدأ التقليدى المعروف وهو : " الغش يفسد كل شيء " (Fraus omnia corrumpit) .

وانتهينا في الفصل الثاني الى أن الغش يقوم في الزواج والطلاق ويثار نحو القانون الوطني ، كما يثار نحو القانون الأجنبي ، كما يثار في كافة العقود الدولية ، سواء كان ذلك من الناحية الموضوعية أو من الناحية الشكلية ، حيث يتهرب الأفراد من القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية . وانتهينا أخيرا الى أن هذا التهرب يترتب عليه جزاء ولكن فيم يتمثل هذا الجزاء ؟

يتمثل هذا الجزاء في البطلان ، ولكن ما نوع هذا البطلان ، هل هو مطلق أو جزئي أو بمعنى آخر هل يبطل التصرف برمته ؟ أو يبطل فقط الجزء الذى وقع فيه الغش ؟ وانتهينا الى أن البطلان يسرى على التصرف كلّه ، لأنه لو كان يسرى فقط على الجزء الذى وقع فيه الغش ، لأدى ذلك الى اختلال المراكز القانونية .

* * *

المـراجـــع

أولا ــ المراجع العربيــة

1 ــ أحمد مسلم : موجز القانون الدولي الخاص، المقارن (في مصر ولبنان) ، دار النهضة للطباعة ، نشر بيروت 1966.

2 ــ اسماعيل غانم : في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام والاثبات ، القاهرة 1967.

3 ــ السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني : مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، طبعة 1952 ، نشر دار احياء التراث العربي ، القاهرة.

4 ــ الهداوي حسن : تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي طبعة ثانية ، مطبعة الارشاد ، بغداد 1972.

5 ــ أنور سلطان : أحكام الالتزام ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني ، دار النهضة للطباعة والنشر 1980.

6 ــ بكوش يحيى : أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي ، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائـر 1981.

7 ــ جابر جاد عبد الرحمان : القانون الدولي الخاص ، الجزء الثالث ، في تنازع القوانين ، طبعة 1962 ، القاهرة .

8 ــ حافظ ممدوح عبد الكريم : القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقـــي والمقارن ، الطبعة الثانية ، دار الحرية للطباعة ، بغداد 1977.

9 ــ حسين عامر : التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، طبعة أولى ، سنة 1960.

10 ــ عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، بغداد 1977.

11 ــ عز الدين عبد الله : القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، طبعة 8 ، سنة 1977 ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

12 ــ علي علي سليمان : مذكرات في القانون الدولي الخاص ، سنة 1981/1980 ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، الجزائر .

13 ــ فتحي الدريني : نظرية التعسف في استعمال الحق ، الطبعة الثانية ، 1977 ، نشر موسسة الرسالة ، بيروت .

14 ــ فؤاد عبد المنعم رياض : الوجيز في القانون الدولي الخاص ، النهضة العربية .

15 ــ هشام علي صادق : تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصرى ، الطبعة الثالثة ، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1974 .

تشريعات :

16 ــ القانون المدني الجزائرى ، 1975 .

17 ــ مشروع قانون الأسرة الجزائرى ، 1981 .

* * *

ثانيا ـ المراجع الفرنسية

1 ـ الرسائل :

1. Bernard AUDIT : La fraude à la loi, Edition Dalloz, 1974.

2. Henri DESBOIS : La fraude à la loi et la jurisprudence française, Paris, Librairie Dalloz 1927.

3. Jacques MAURY : L'eviction de la loi normalement conpetente, l'ordre public et la fraude à la loi, Valladolid, 1952.

4. Jean BAZ : Essai sur la fraudè à la loi en droit musulman, Lyon 1938.

5. José VIDAL : Essai d'une théorie de la fraude en droit français, Librairie Dalloz 1956.

6. Julien VERPLAETSE : La fraude à la loi en droit international privé, Paris 1938, Librairie du recueil Sirey.

7. LIGEROUPOLO : Le problème de la fraude à la loi , Aix 1928.

2 ـ الكتب العامة :

8. BATIFFOL : Droit international privé, Tome I, 6ème Edition, 1967 et 7ème Edition 1981, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.

9. COLIN et CAPITANT : Traité de droit civil par Leon de la Morandière, Tome I, 3ème Edition, Dalloz, 1957.

10. François RIGAUX : Precis de la faculté de droit de l'université de Louvain, Droit international privé, Maison ferdinand, Larcier 1968.

11. Georges RIPERT : La règle morale dans les obligations civiles, 3ème Edition ,Paris, Librairie de droit dt de jurisprudence 1935.

12. Jean DERRUPE : Droit international privé, 5ème Edition, Dalloz 1978.

13. Juris-Classeur : Droit international privé.

14. Lerebours PIGEONNIERE et Yvon LOUSSOUARN: Droit international privé, precis Dalloz, 9ème Edition, 1970.

15. Mohand ISSAD : Droit international privé, les règles de conflits 1980, office des publications universitaires, Alger.

16. NIBOYET: Traité de droit international privé, conflits des lois d'autorité et de juridictions, Tome III, Librairie des recueil Sirey 1944.

17. NIBOYET : Cours de droit international privé de l'année 1949, 2ème Edition, Librairie du recueil Sirey.

18. Pierre MAYER : Droit international privé, Edition Mont Chreistien, 1976.

19. Simon DEPITRE : Droit international privé, Librairie Armand Colin.

20. Travaux du comité français communications de Geraud de la pradelle, la fraude à la loi, 32ème et 34ème années 1971-1973, ouvrage publié avec le concours du centre national de la recherche scientifique , Dalloz 1974.

3 ـ المجلات :

21. Revue critique du droit international privé, 1946.
22. " " " " " 1949.
23. " " " " " 1953.
24. " " " " " 1955.
25. " " " " " 1956.
26. " " " " " 1957.
27. " " " " " 1959.
28. " " " " " 1960.

4 ـ تشريعات :

29. Code civil français, 1981.

الفهـــرس

رقم الصفحة	
المقدمة	1
الفصل التمهيدى	3
المبحث الأول : نظرية تنازع القوانين	3
المطلب الأول : مفهوم تنازع القوانين	3
المطلب الثاني : تاريخ نشأة تنازع القوانين	5
1 — لدى الشعوب القديمة	5
2 — في العصور الوسطى	7
3 — ظهور تنازع القوانين في القرنين الثاني عشر والثالث عشر ..	7
المبحث الثاني : أساس تطبيق القانون الأجنبي	19
المطلب الأول : نظرية الحقوق المكتسبة	19
المطلب الثاني : نظرية الاستقبال	20
المطلب الثالث : نظرية المجاملة	21
المطلب الرابع : نظرية العرف الدولي	22
المطلب الخامس : نظرية اعتبار القانون الأجنبي كواقعة ...	22
المطلب السادس : نظرية العدالة	24

رقم الصفحة

المبحث الثالث : موانع تطبيق القانون الأجنبي في غير حالة الغش . . 25

المطلب الأول : النظام العام 25

المطلب الثاني : المصلحة الوطنية 28

المطلب الثالث : تنازل الأطراف عن تطبيق القانون الأجنبي . . . 32

الفصل الأول

أساس الغش نحو القانون 35

المبحث الأول : مفهوم الغش نحو القانون 35

المطلب الأول : التطور التاريخي للغش نحو القانون . . . 39

أولا : في القانون الروماني 39

ثانيا : في القرون الوسطى 44

ثالثا : في القانون الكنسي 44

رابعا : في القانون الفرنسي القديم 45

المطلب الثاني : الشروط الواجب توافرها في الغش . . . 53

أولا : الشروط المتفق عليها 53

ثانيا : الشروط غير المتفق عليها 59

المبحث الثاني : الآراء المختلفة في تأسيس نظرية الغش . . . 64

المطلب الأول : هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات نظرية
الصورية ؟ 64

المطلب الثاني : هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات
العمل غير المشروع ؟ 68

رقم الصفحة

المطلب الثالث : هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات التعسف
في استعمال الحق ؟ 70
المطلب الرابع : هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات
المسؤولية المدنية ؟ 73
المطلب الخامس : هل يعتبر الغش تطبيقا من تطبيقات
الدفع بالنظام العام ؟ 77

الفصل الثاني

مجال تطبيق الغش نحو القانون ... 84

المبحث الأول : الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية 85
المطلب الأول : الزواج 85
المطلب الثاني : الطلاق 94
الفرع الأول : الغش نحو قانون القاضي 96
الفرع الثاني : الغش نحو القانون الأجنبي ... 100
المبحث الثاني : الغش في التصرفات 113
المطلب الأول : من الناحية الموضوعية 113
المطلب الثاني : الغش في شكل التصرفات 117

رقم الصفحة

الفصل الثالث

جزاء الغش نحو القانون 123

المبحث الأول : البطلان الجزئي 123

المبحث الثاني : البطلان الكلّي 126

الخاتمة 129

المراجع 131

الفهرس ... ... 135 — 138

* * *

* * *

*